نظرية الالتزامات

في ضوء

قانون الالتزامات والعقود المغربي

الجزء الاول

مصادر الالتزامات

تأليف

مأمون الكزبري

دكتور في الحقوق

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة الطبعة الثانية

هذه الطبعة هي الثانية للجزء الأول من « نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي » الذي تناولت فيه البحث في مصادر الالتزامات .

وقد أقدمت على إعادة طباعة هذا الجزء استجابة لرغبة طلاب كلية الحقوق الذين لم يعد باستطاعتهم ، وقد نفذت الطبعة الأولى ، أن يجدوا مصدراً يرجعون إليه في دراستهم .

وتتميز هذه الطبعة عن سابقتها من حيث أنها توضح بعض الأمور الشائكة ، وتبلور بعضها الآخر بأمثلة عملية أو بقرارات صادرة عن القضاء ، وتضيف إلى القرارات القضائية الوارد ذكرها في الطبعة الأولى قرارات حديثة جاء معظمها مؤيداً للاجتهاد السابق الذي كان سائداً ، وقليلها مخالفاً له ومتبنياً اجتهاداً جديداً .

وفيما عدا ذلك ، فقد اتبعت تقسيمات الجزء الأول نفسها ، كما اعتمدت ذات الآراء وأيدت ذات النظريات الواردة فيه من حيث الأمور المختلف عليها ؛ ولم أحد عن هذه الآراء والنظريات ، ولم أبتعد عن تلك التقسيمات إلا قليلاً .

وإنني إذ أضع هذا الكتاب في متناول القارئ الكريم أسأله تعالى أن يمدني بالعون والتوفيق لأستمر في القيام بالعمل الجامعي بصدق ووفاء ، وأتابع أداء الرسالة العلمية بأمانة وإخلاص .

بيروت ٥ المحرم ١٣٩٢ هـ الموافق ١٩ فبراير ١٩٧٢ م

مأمون الكزبري

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة الطبعة الأولى

إن قانون الالتزامات والعقود المغربي الصادر بموجب ظهير ٩ رمضان ١٣٣١ الموافق ١٢ غشت ١٩١٣ ينقسم إلى كتابين رئيسيين : كتاب أول تضمن أحكام الالتزامات بوجه عام ، وكتاب ثان خصه المشرع لمختلف العقود المسماة وأشباه العقود التي ترتبط بها .

ونظرية الالتزامات ، موضوع القسم الأول ، تعتبر ركيزة الحقوق المدنية ، وهي منها بمثابة العمود الفقري من جسم الإنسان . بل إن سلطانها ينبسط على فروع الحقوق جميعاً بحيث نجد آثارها في بعض المبادئ السائدة في الحقوق التجارية ، أو في الحقوق الادارية ، أو في الحقوق الجزائية ، أو حتى في الحقوق الدولية من خاصة وعامة .

وتشمل نظرية الالتزامات بحث الأحكام المتعلقة بالمواضيع التالية : مصادر الالتزام ، ثم أوصافه ، ثم آثاره ، ثم انتقاله ، ثم انقضاؤه ، ثم إثباته .

وهذا الكتاب قاصر على عرض أحكام موضوع واحد من مواضيع نظرية الالتزامات هو مصادر الالتزام .

وقد استهللته ببحث تمهيدي ثم قسمته إلى خمسة أبواب . ففي **البحث التمهيدي** عرّفت الالتزام ، ثم ميّزت بين الحق الشخصي والحق العيني ، ثم بينت عقم محاولة الاستغناء عن تقسيم الحقوق إلى شخصية وعينية ، ثم عرضت لأهم النظريات المتبعة في تصنيف مصادر الالتزام .

وفي الأبواب الخمسة اللاحقة بحثت مختلف مصادر الالتزام حسب التصنيف الحديث السائد فقهاً وتشريعاً . وقد اتبعت في ترتيب هذا البحث المخطط التالي :

الباب الأول : العقد .

الباب الثاني : الإرادة المنفردة .

الباب الثالث : الإثراء بلا سبب .

الباب الرابع : العمل غير المشروع .

الباب الخامس : القانون .

وتقوم دراستي على أُسس مستمدة من نصوص قانون الالتزامات والعقود المغربي ومن اجتهاد القضاء في المغرب . إلا أنني كثيراً ما عمدت إلى مقارنة هذه النصوص بالنصوص المقابلة لها في التقنينات الأُخرى وبصورة خاصة في التقنين الفرنسي وفي التقنينين المصري والسوري . فهذه المقارنة ، عدا عن كونها تساعد على جلاء مقاصد نصوص التشريع المغربي ومعانيها وتحديد كنهها

ومدلولها ، فهي تتيح لنا تقصي نواحي الشبه ومواطن الاختلاف بين وجهة نظر المشرع المغربي ووجهة نظر غيره من المشرعين في بعض المواضيع الهامة .

وإنني ، إذ قمت بتأليف هذا الكتاب وطبعه ، قد هدفت أن يجد فيه طلاب كلية الحقوق سنداً وعوناً يفي بغرضهم المدرسي ، كما قصدت أن يكون إسهاماً مني في حركة تعريب القوانين التي يشهدها المغرب العزيز والتي تتطلب ، حتى تحقق أهدافها الأصيلة الخيرة ، أن يكون في متناول رجال القانون والقضاء مصادر حقوقية باللغة العربية ، يستطيعون الرجوع إليها عند الاقتضاء .

والله أسأل أن يمدني بالعون والتوفيق .

بيروت في ٢٠ شوال ١٣٨٧ الموافق ٢٠ يناير ١٩٦٨

مأمون الكزبري

بحث تمهيدي

١ - **تعريف الالتزام** : (آ) درج الفقهاء على تعريف الالتزام بأنه « رابطة قانونية بين شخصين أحدهما دائن والآخر مدين ، يترتب بمقتضاها على الطرف المدين تجاه الطرف الدائن ، نقل حق عيني ، أو القيام بعمل ، أو الامتناع عن عمل » .

فقد يكون محل الالتزام نقل حق عيني كالتزام بائع منقول أو عقار بنقل ملكية المبيع إلى المشتري[1] .

إذا وقع البيع على منقول معين بذاته أو على عقار غير محفظ فإن ملكية المبيع تنتقل من البائع إلى المشتري بقوة القانون و بمجرد التعاقد (المادة ٤٩١ من قانون الالتزامات والعقود) . أما إذا كان محل البيع عقاراً محفظاً فإن ملكية العقار المبيع لاتنتقل إلى المشتري إلا بتسجيله على اسمه في السجل العقاري (المادة ٦٧ من ظهير ٩ رمضان ١٣٣١ المتعلق بالتحفيظ العقاري) ، وإذا كان محل البيع منقولاً محدداً بنوعه ومقداره كما في بيع عشرة أطنان من السكر من النوع الكوبي الممتاز مثلاً ، فإن =

وقد يكون محل الالتزام القيام بعمل كالتزام مؤجر بتسليم المأجور إلى المستأجر ، أو التزام مهندس معماري بتنظيم مخطط بناء عهد إليه بتنظيمه ، أو التزام مستقرض برد مبلغ القرض إلى المقرض .

وقد يكون محل الالتزام الامتناع عن عمل كالتزام بائع مؤسسة تجارية بعدم فتح مؤسسة مشابهة تنافس المؤسسة المبيعة ، أو التزام ممثل بالامتناع عن التمثيل لدى شركة غير الشركة التي تعاقد معها ، أو التزام الوديع بعدم استعمال الوديعة لأغراضه الخاصة .

وهكذا فمحل الالتزام إما أن يكون إيجابياً وإما أن يكون سلبياً : فهو إيجابي إذا انصب على نقل حق عيني أو على القيام بعمل ، وهو سلبي إذا هدف الامتناع عن عمل .

٢ - (ب) ويرى أكثر الفقهاء أن الالتزام مرادف للحق الشخصي : فالرابطة القانونية التي تربط المدين بالدائن تعتبر التزاماً إذا نظر إليها من ناحية المدين ، وهي تعتبر حقاً إذا نظر إليها من وجهة الدائن . وعليه يمكننا تعريف الحق الشخصي بأنه « رابطة بين شخصين أحدهما دائن والآخر مدين ، يحق

= ملكية المبيع لا تنتقل إلى المشتري إلا بتعيين الكمية المبيعة تعييناً ذاتياً وإفرازها عن سواها .

وعليه إذا وقع بيع عقار محفظ بحجة رسمية أو عرفية نشأ عن البيع التزام على البائع بنقل ملكية العقار المبيع من اسمه على اسم المشتري في المحافظة العقارية ، وإذا تناول البيع منقولاً محدداً بنوعه ومقداره التزم البائع بتعيين المبيع تعييناً ذاتياً ونقل ملكيته إلى المشتري .

بمقتضاها للطرف الدائن مطالبة الطرف المدين بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل » .

وتمشياً مع هذا النهج ، عمدت بعض التشريعات المدنية الحديثة كالقانون المصري والقانون السوري إلى بحث نظرية الالتزامات في قسم جعلت عنوانه « الالتزامات أو الحقوق الشخصية » دلالة على الترادف ووحدة المفهوم بين الالتزام من جهة وبين الحق الشخصي من جهة ثانية .

٣ – (ج) ولا يعني تعريفنا للالتزام بأنه رابطة قانونية بين طرف دائن وطرف مدين ، أن الالتزام يتطلب بالضرورة وجود دائن ومدين . فالالتزام يمكن تصوره دون قيام طرف دائن عند نشوئه ، كما في الوعد بجائزة الموجه للجمهور أو في الاشتراط لمصلحة الغير عندما يكون هذا الغير شخصاً أو جهة لم يعينا وقت الاشتراط أو يكون شخصاً مستقبلاً أو جهة مستقبلة . ولكن مثل هذا الالتزام ، المترتب على المدين دون وجود طرف دائن ، لا ينتج أثره الفعلي ولا تظهر ثمرته العملية إلا إذا برز الطرف الدائن إلى الوجود ، وقامت إذن الرابطة القانونية بين هذا الطرف الدائن وبين الطرف الملتزم .

وإذا كان بعض الفقهاء قد رأوا تعريف الالتزام بأنه « حالة قانونية يكلف بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل » ، للدلالة على إمكانية قيام الالتزام دون وجود الطرف الدائن ، فإننا نفضل ابراز الناحية الشخصية في تعريف الالتزام والتركيز على وجوب قيام الرابطة القانونية بين الطرف الملتزم وبين الطرف الدائن إذ لا ثمرة تجنى ولا فائدة ترجى من التزام لا يوجد شخص دائن يحق له المطالبة بتنفيذه .

ومن الملاحظ أن المشرّع اللبناني الذي اختار أن يستهل قانون الموجبات والعقود بتعريف الالتزام (أو الموجب) قد جنح إلى التأكيد صراحة على قيام الرابطة القانونية بين الطرف الدائن والطرف المدين فصرح في المادة الأولى أن « الموجب هو رابطة قانونية تجعل لشخص أو لعدة أشخاص حقيقيين أو معنويين صفة المديون تجاه شخص أو عدة أشخاص يوصفون بالدائنين » .

٤ – التمييز بين الالتزام أو الحق الشخصي وبين الحق العيني :

(آ) يجب التمييز بين الالتزام أو الحق الشخصي من جهة ، وبين الحق العيني من جهة ثانية .

فالالتزام أو الحق الشخصي – كما نعلم – هو رابطة قانونية بين شخصين أحدهما دائن والآخر مدين يترتب بمقتضاها على الطرف المدين تجاه الطرف الدائن نقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل .

أما الحق العيني فهو سلطة يمارسها الشخص على شيء معين تمكنه من الحصول على المنفعة المرجوة من هذا الشيء بصورة مباشرة ودون وساطة أحد . فحق الملكية على دار مثلاً يسمح للمالك استعمال هذه الدار واستغلالها والتصرف فيها ، وكل ذلك دون توقف على أحد أو تدخل من أي كان .

٥ – **(ب)** وإذا ما قارنا الالتزام أو الحق الشخصي بالحق العيني وجدنا أنهما يختلفان عن بعضهما سواء من جيث التكوين أم من حيث الخصائص .

فمن حيث التكوين لا بد في الالتزام أو الحق الشخصي من توافر ثلاثة عناصر : طرف صاحب حق وهو الدائن ، وطرف ملتزم وهو المدين ، وعنصر

ثالث هو الشيء أو العمل محل الالتزام أو الحق . أما الحق العيني فلا يتطلب قيامه إلا وجود عنصرين اثنين : طرف صاحب حق وشيء محل الحق .

ومن حيث الخصائص يتميز الالتزام أو الحق الشخصي بأنه نسبي بمعنى أنه لا يجوز للدائن ، صاحب الحق ، الاحتجاج بحقه إلا في مواجهة من التزم إزاءه بأداء هذا الحق . فإذا ما أقرض مثلاً زيد مبلغاً من النقود إلى عمرو فان زيداً لا يستطيع استرداد مبلغ القرض إلا من المدين عمرو ، وليس بميسوره تحصيله من غيره . أما الحق العيني ، فهو حق مطلق يخول صاحبه الاحتجاج به تجاه أي كان . فإذا ما كنت أملك داراً مثلاً ، فلي التمسك بحق ملكيتي في مواجهة الكافة ، وإذا حاول شخص ما معارضتي في استعمال هذه الدار أو استغلالها أو التصرف فيها ، ساغ لي منعه من هذه المعارضة .

ويترتب على كون الحق العيني مطلقاً ميزتان تقليديتان لا أثر لهما في حقل الالتزام أو الحق الشخصي : ميزة التتبع وميزة الأفضلية .

فميزة التتبع تخول صاحب الحق العيني تتبع الشيء ، محل الحق ، في يد أي شخص تنتقل إليه حيازة هذا الشيء . فإذا خرج مثلاً الملك من يد صاحبه دون إرادته وانتقل إلى يد غيره ، جاز للمالك ، مهما تعاقبت الأيدي ، أن يطالب مبدئياً باسترداد ملكه من يد الحائز الأخير .

وميزة الأفضلية تسمح لصاحب الحق العيني أن يقدّم في استيفاء حقه على من سواه ، كما في الرهن مثلاً حيث يفضل الدائن المرتهن على الدائنين العاديين الذين ليس لهم استيفاء ديونهم إلا بعد أن يكون الدائن المرتهن قد استوفى تمام ما هو مترتب له في ذمة مدينه ، وكما في حق الملكية الواقع على

شيء سلم إلى آخر على سبيل الوديعة حيث لا يخشى المالك مزاحمة دائني الوديع على الوديعة لأن له الأفضلية في استرداد ملكه .

٦ – عقم محاولة الاستغناء عن تقسيم الحقوق إلى عينية وشخصية :

حاول بعض الفقهاء الطعن في تقسيم الحقوق إلى شخصية وعينية وقالوا بعدم وجود مبرر للتمسك بمثل هذا التقسيم : ومن هؤلاء الفقهاء بلانيول وريبير ودوموغ[٢] . فهم يرون أن الحق لا يمكن أن يكون رابطة بين الشخص وبين الشيء وأن الحق العيني لا يختلف في هذا المضمار عن الحق الشخصي : ففي هذا كما في ذاك يوجد طرف صاحب حق ، وطرف ملزم بالحق ، وشيء محل هذا الحق . فهكذا مثلاً ، إذا ما كنت أملك عقاراً ، كان الناس كافة ملزمين بالاعتراف لي بحق ملكيتي على هذا العقار ، وليس لأحد منهم أن يقوم بأي عمل من شأنه حرماني من هذا الحق أو التعرض له . فالحق العيني يتخذ إذن صفة الزامية ، قائمة بين الشخص صاحب الحق وبين سائر الناس الذين يرتبطون إزاءه بالتزام سلبي محله عدم القيام بأي عمل يلحق الضرر بصاحب الحق . وبذلك تقوم الحقوق العينية على الصلات بين الأشخاص كالحقوق الشخصية ، مع فارق وحيد هو أن نطاق الالتزام أوسع في الحقوق العينية منه في الحقوق الشخصية ، إذ هو يشمل الناس أجمعين في الحقوق العينية بينما هو لا يشمل إلا شخصاً واحداً أو أشخاص معينين محدودين في الحقوق الشخصية . وبدهي أن اتساع نطاق الالتزام لا يغير من طبيعته ولا ينال من كيانه فهو التزام في كل حال .

---

٢ بلانيول وريبير ، الجزء الأول نبذة ٣١٥٨ وما يليها – دوموغ ، المفاهيم الأساسية للحقوق الخاصة صفحة ٤٠٥ وما يليها .

ولكن هذه النظرية التي ترمي إلى توحيد الحقوق وجمعها تحت لواء الحقوق الشخصية ، والتي يطلق عليها لهذا السبب إسم « النظرية التشخيصية »[٣] لم يكتب لها النجاح ، ولا يزال يعمل إلى اليوم بتقسيم الحقوق إلى شخصية وعينية لما بين هذه وتلك من فروق عديدة أهمها :

أولاً – إن الحق الشخصي أو الالتزام هو رابطة قانونية بين شخصين . أما الحق العيني فهو سلطة شخص على شيء .

ثانياً – إن الحق الشخصي أو الالتزام هو حق نسبي لا يتسنى لصاحبه الوصول اليه إلا عن طريق المدين . أما الحق العيني فهو حق مطلق يتيسر لصاحبه الحصول عليه بنفسه وممارسته والانتفاع منه دون وساطة أحد .

ثالثاً – إن الحقوق الشخصية أو الالتزامات – باعتبارها حقوقاً نسبية لا يتعدى أثرها حلقة الدائن والمدين ولا تقيد مبدئياً سواهما – لا تقع تحت حصر . أما الحقوق العينية – فبوصفها حقوقاً مطلقة يتعدى أثرها إلى الكافة – لها مساس بالنظام العام فيعتبر تعدادها في القانون قد ورد على سبيل الحصر بحيث ليس باستطاعة إرادة الإنسان إنشاء حقوق عينية غير ما أراده المشرع[٤] .

---

٣ Théorie de la personnalisation.

٤ يرى بعض الفقهاء أن الحقوق العينية التي نص عليها القانون المدني إنما وردت على سبيل المثال وأنه ليس في القانون ما يمنع الإنسان من التصرف في أمواله بالطريقة التي يرغبها ، وبالوضع الذي يختاره ، شريطة أن لا يكون في هذه الطريقة أو في هذا الوضع ما يخالف النظام العام (بلانيول وريبير وبيكار صفحة ٥٣ – بودري وشوفو نبذة ١٩٣ – محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الأول ، نبذة ١٩٦ صفحة ٢١١) . ولكن الرأي الراجح ، الذي ننضم إليه ، يرى أن =

٧ - **تصنيف مصادر الالتزام** : نقصد بمصادر الالتزام الأسباب القانونية المباشرة المولدة له : فالتزام المشتري بدفع الثمن إلى البائع مثلاً مصدره عقد البيع المبرم بين الطرفين . والتزام من ألحق ضرراً بغيره بالتعويض على المضرور مصدره العمل الضار الذي ارتكب بحق هذا المضرور . والتزام من يوجه للجمهور وعداً بدفع جائزة لمن يعثر على شيء ضائع مصدره إرادة الواعد المنفردة .

وهكذا فمصادر الالتزام عديدة . لذا وجب ترتيبها وتصنيفها . وقد اتبعت لهذه الغاية نظريات مختلفة . وسنقتصر على بيان النظرية التي اعتمدها المشرع الفرنسي ، ثم النظرية التي سار عليها المشرع المغربي ، ثم النظرية التي يقول بها الفقيهان بلانيول وريبير ، ثم النظرية التي نادى بها بعض الفقهاء المعاصرين ، ثم النظرية التي تسود في الفقه والتشريع .

= الحقوق العينية قد ورد ذكرها على سبيل الحصر وأنه لا يمكن للأفراد إنشاء حقوق عينية غير التي أجازها المشرع . ذلك أن تنظيم الملكية والحقوق العينية وتحديد أوضاعها من متعلقات النظام العام ، فلا يجوز الخروج على ما نص عليه المشرع في هذا الحقل . يضاف إلى ذلك أنه إذا كان بميسور المتعاقدين إنشاء ما يحلو لهم من التزامات لا تقيد سواهم ، فإنه من غير المعقول أن يطلق لهم العنان في انشاء حقوق عينية يكون من جرائها إحداث مضايقة للكافة ، باعتبار أن الحقوق العينية هي حقوق مطلقة يتعدى أثرها إلى الناس جميعاً (جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء الأول نبذة ١٣٣٧ صفحة ٦٩٦ - أوبري ورو جزء ٢ صفحة ١٣ - محمد علي عرفة ، شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الأول نبذة ١٨ صفحة ٣٢ - يراجع أيضاً كتابنا القانون المدني - الحقوق العينية - نبذة ١٢٤ صفحة ١١٢ وما يليها) .

٨ - (آ) تصنيف مصادر الالتزام حسب القانون المدني الفرنسي :

قسم المشرع الفرنسي الالتزامات من حيث مصدرها إلى فئتين :

ففي الفئة الأولى جعل الالتزامات التي مصدرها العقد .

والفئة الثانية خصها للالتزامات التي تنشأ عن أسباب خارجة عن التعاقد . وتضم هذه الفئة الالتزامات المتولدة عن المصادر التالية :

(١) القانون : ويدخل في هذا المصدر الالتزامات المستمدة مباشرة من نص قانوني كالالتزامات القائمة بين الملاك المتجاورين أو كالنفقة المترتبة على بعض الأقرباء إزاء المعوزين منهم .

(٢) الجرم وشبه الجرم : ويضم هذا المصدر الالتزامات التي تترتب على من يقوم بعمل غير مشروع يلحق ضرراً بغيره وذلك عن عمد ويرتكب إذن جرماً ، أو دون قصد ويرتكب إذن شبه جرم .

(٣) شبه العقد : وينطوي هذا المصدر على الالتزامات المتولدة عن الفضالة[٥] من جهة ، وعن دفع غير المستحق [٦] من جهة ثانية .

ويجمع الفقه في فرنسا على انتقاد هذا التصنيف وذلك من ناحيتين :

---

٥ الفضالة هي أن يباشر شخص ، باختياره أو بحكم الضرورة ؛ شؤون أحد من الغير ، في غيابه أو بدون علمه ، ودون أن يكون مرخصاً له في ذلك من قبل رب العمل أو من قبل القاضي (المادة ٩٤٣ من قانون الالتزامات والعقود) .

٦ دفع غير المستحق هو أن يدفع شخص ما ليس متوجباً عليه ، ظناً منه أنه مدين به ، بنتيجة غلط في القانون أو في الواقع (المادة ٦٨ من قانون الالتزامات والعقود) .

أولاً – من حيث أنه أغفل ذكر الارادة المنفردة في عداد مصادر الالتزام مع أن الارادة المنفردة يمكن أن تكون مصدراً للالتزام إلى جانب العقد .

ثانياً – من حيث أنه اعتبر شبه الجرم وشبه العقد مصدرين من مصادر الالتزام نتيجة خطأ ووهم في تفسير القانون الروماني : ففقهاء الرومان يردون الالتزامات إلى مصدرين اثنين العقد والجريمة ويلحقون بها التزامات ليست متولدة عن عقد ولا عن جرم ولكنها تشبه من حيث آثارها الالتزامات الناشئة عن عقد كعمل الفضولي أو عن جرم كاتلاف مال الغير دون قصد . فحرف الفقهاء الفرنسيون القانون الروماني في هذا الصدد وقلبوا ما هو من متعلقات آثار الالتزام إلى ما هو من قبيل المصادر معتبرين شبه العقد وشبه الجرم مصدرين للالتزام إلى جانب العقد والجرم . وقد ساد هذا التحريف في الفقه الفرنسي القديم وانتقل إلى القانون المدني الذي جعل شبه العقد وشبه الجرم في مصاف مصادر الالتزام .

٩ – (ب) تصنيف الالتزامات حسب قانون الالتزامات والعقود المغربي :

نصت المادة الأولى من قانون الالتزامات والعقود المغربي على أن « الالتزامات تنشأ عن الاتفاقات والتصريحات الأُخرى المعبّرة عن الارادة وعن أشباه العقود وعن الجرائم وأشباه الجرائم »

فمصادر الالتزام حسب التشريع المدني المغربي هي إذن :

أولاً – الاتفاقات أو العقود .

ثانياً – التصريحات الأُخرى المعبّرة عن الارادة أو بعبارة أوضح الارادة المنفردة .

ثالثاً – أشباه العقود .

رابعاً – الجرائم وأشباه الجرائم .

ولئن كان المشرع المغربي اعتد بالارادة المنفردة كمصدر للالتزام إلى جانب العقد ، متفادياً في ذلك النقص الملحوظ في النظرية التي اتبعها المشرع الفرنسي ، إلا أنه يؤخذ عليه ما كان أخذ على المشرع الفرنسي من حيث اعتداده بشبه العقد وشبه الجرم كمصدرين للالتزام كما يؤخذ عليه إغفاله ذكر القانون في عداد مصادر الالتزامات مع أن القانون يمكن أن يكون السبب المباشر لنشوء بعض الالتزامات .

١٠ – **(ج) تصنيف الالتزامات حسب نظرية بلانيول وريبير** : نادى الفقيهان بلانيول وريبير بنظرية تقول برد مصادر الالتزامات إلى مصدرين اثنين : العقد والقانون . فهما يقولان إنه في حالة انتفاء العقد لا يمكن أن ينشأ التزام إلا بارادة المشرع بحيث يعتبر القانون مصدراً لسائر الالتزامات غير التعاقدية[٧] .

ولكن هذه النظرية لم يكتب لها النجاح لأنها تخلط بين المصدر المباشر والمصدر غير المباشر للالتزام : فالقانون هو مصدر غير مباشر للالتزامات جميعاً حتى ما كان منها متولداً عن العقود ، بمعنى أن الالتزامات التعاقدية ،

---

٧ بلانيول وريبير ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء الثاني نبذة ٨٠٧ .

إذا ما كانت تنتج آثارها ، فذلك لأن المشرع أراد أن تكون العقود شريعة المتعاقدين وقائمة مقام القانون بالنسبة إلى منشئيها (المادة ٢٣٠ من قانون الالتزامات والعقود) .

والذي يهمنا عند بحث مصادر الالتزام هو المصدر المباشر لا المصدر غير المباشر له . فالقانون يمكن أن يكون مصدراً مباشراً لبعض الالتزامات كما في التزامات الجوار . وفيما عدا ذلك ، فالمصدر المباشر للالتزامات لا يمكن أن يكون إلا العقد أو الارادة المنفردة أو الاثراء بلا سبب أو العمل غير المشروع[٨] .

١١ – (د) تصنيف الالتزامات حسب نظرية بعض الفقهاء المعاصرين : نادى بعض الفقهاء المعاصرين ومنهم كاربونييه والسنهوري[٩] بوجوب رد الالتزامات إلى مصدرين : التصرف القانوني (Acte juridique) والعمل القانوني (Fait juridique) .

فالتصرف القانوني هو كل تعبير عن الارادة ينتج عنه أثر قانوني . وقد يكون هذا التصرف صادراً عن جانب واحد فيسمى بالارادة المنفردة ، وقد يكون صادراً عن جانبين فيسمى بالعقد .

وأما العمل القانوني فيقصد به ، من جهة ، العمل المادي البحت الخالي من أي عنصر ارادي والذي يفرض على الإنسان فرضاً كما في علاقات الجوار

٨ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ١٢ صفحة ٦ و ٧ .

٩ كاربونييه ، الحقوق المدنية ، الجزء الأول نبذة رقم ٤٢ صفحة ١٤٥ – السنهوري ، الوسيط صفحة ١٣٠ وما بعدها .

والقرابة ، ومن جهة ثانية ، العمل المادي الممهور بطابع إرادي ولكن دون أن تكون إرادة الإنسان قد قصدت إحداث الأثر القانوني الذي ترتب على هذا العمل كما في العمل غير المشروع كالعمل الضار من جرم وشبه جرم أو العمل النافع كالفضالة والاثراء بلا سبب . فالعمل غير المشروع مثلاً الذي يرتكبه الإنسان تساهم إرادة مرتكبه في حصوله ؛ ولكن هذه الإرادة لا تنصرف ، عند إرتكاب العمل الضار ، إلى ترتيب الأثر القانوني الذي ينجم عن مثل هــذا العمل من التزام بالتعويض على المضرور .

ولكن هذه النظرية لئن كان أصاب أصحابها التوفيق من حيث جمــع الارادة المنفردة والعقد في مصدر واحد هو التصرف القانوني(١٠) ، فقد كانوا أقل توفيقاً إذ جمعوا بقية فئات الالتزامات في مصدر واحد أسموه العمل القانوني ، وذلك لاختلاف الأحكام التي تخضع لها كل فئة من هذه الفئات والتي تقضي بأن تكون الفئات المذكورة مصنفة في مصادر مختلفة .

١٢ — (هـ) **التصنيف السائد في الفقه والتشريع** : إن النظر السائد في الفقه والتشريع يصنف مصادر الالتزام على الوجه التالي :

---

١٠ يلاحظ أن قانون الموجبات والعقود اللبناني أخذ في المادة ١١٩ بهذا الشق من النظرية عندما ذكر بين مصادر الالتزام « الأعمال القانونية » (قاصداً بذلك التصرفات القانونية) موضحاً في المادة ١٤٧ أن العمل القانوني يجوز أن يكون صادراً عن فريق واحد (أي عن إرادة منفردة) أو أن يكون اتفاقاً فيعبر عنه بالعقد .
ولكنا نرى من الأفضل عدم جمع الإرادة المنفردة والعقد في مصدر واحد هو التصرف القانوني ، بل الإبقاء على التمييز بينهما وجعلهما مصدرين مستقل أحدهما عن الآخر لأن بعض الأحكام تطبق على العقد دون الإرادة المنفردة .

أولاً – العقد .

ثانياً – الارادة المنفردة .

ثالثاً – الاثراء بلا سبب .

رابعاً – العمل غير المشروع .

خامساً – القانون .

وجدير بالذكر أن قانون الاتحاد السويسري والتشريعات الحديثة في البلاد العربية كالقانون المدني المصري والقانون المدني السوري قد تبنت هذا التصنيف [١١] .

ونحن سنتبعه بدورنا ونسير على نهجه في دراستنا مصادر الالتزام .

---

١١ يلاحظ أن قانون الموجبات والعقود اللبناني نص في المادة ١١٩ على أن الموجبات تنشأ : ١– عن القانون ، ٢ – عن الأعمال غير المباحة ، ٣ – عن الكسب غير المشروع ، ٤ – عن الأعمال القانونية . ثم أوضح في المادة ١٤٧ أن العمل القانوني يجوز أن يكون صادراً عن فريق واحد (أي عن إرادة منفردة) أو أن يكون اتفاقاً فيعبّر عنه بالعقد .

فالقانون اللبناني و إن كان جمع العقد والإرادة المنفردة في مصدر واحد أسماه «الأعمال القانونية» ، إلا أنه ما لبث أن ميّز بين العقد من جهة وبين الإرادة المنفردة من جهة ثانية . وبهذا يكون المشرع اللبناني أخذ بالتصنيف السائد فقهاً وتشريعاً .

البَابُ الأول

العقـد

١٣ – **مخطط البحث** : سنبدأ بتعريف العقد وتصنيف العقود ، ثم نبحث في الشروط الواجب توافرها لإنشاء عقد صحيح ، بعد ذلك نتناول الكلام في بطلان العقود وإبطالها ، ثم ننتقل لعرض أهم القواعد التي تسود تفسير العقود ، ثم نختم البحث ببيان آثار العقود .

وعليه سنقسم هذا الباب إلى خمسة فصول :

الفصل الأول : تعريف العقد وتصنيف العقود .

الفصل الثاني : شروط إنشاء العقد .

الفصل الثالث : بطلان العقود وإبطالها .

الفصل الرابع : تفسير العقود .

الفصل الخامس : آثار العقود .

الفصل الأول

تعريف العقد وتصنيف العقود

١٤ – **تعريف العقد** : (آ) لم يعرّف قانون الالتزامات والعقود المغربي العقد خلاف ما فعله التقنين المدني الفرنسي الذي عرف العقد بقوله : « العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص أو أكثر باعطاء أو بعمل شيء أو بالامتناع عن عمل شيء[1] .

وفي راينا أحسن المشرع المغربي صنعاً في تجنبه تعريف العقد لأن التعريف مسألة فقهية يجب أن يترك أمرها للاجتهاد .

(ب) ويميز فريق من الفقهاء بين الاتفاق (convention) وبين العقد (contrat) معتبراً الأول أعم من الثاني بحيث يشكل الأول أي الاتفاق نوعاً (genre) والثاني أي العقد جنساً منه (espèce) .

فالاتفاق في نظر هؤلاء الفقهاء هو توافق إرادتين على إنشاء التزام كما في

---

١ راجع المادة ١١٠١ من القانون المدني الفرنسي .

الحوالة ، أو تعديله كما في رفع أو تخفيض الثمن المقرر سابقاً ، أو إنهائه كما في الوفاء .

أما العقد فأخص من الاتفاق إذ هو في رأي البعض توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله ، وفي رأي أضيق هو توافق إرادتين على إنشـــاء التزام ليس إلا[٢] .

ولكن الرأي السائد تشريعاً وفقهاً أن لا تفرقة بين العقد والاتفاق . ومن الملاحظ أن بعض التشريعات التي خالفت هذا الرأي ، ابتعدت هي نفسها عنه وانساقت إلى الأخذ بوحدة المدلول بين العقد والاتفاق . فهكذا مثلاً رغم إقدام المشرع اللبناني على التمييز بين العقد والاتفاق في المادة ١٦٥ حيث اعتبر الاتفاق « كل التئام بين مشيئةٍ وأُخرى لانتاج مفاعيل قانونية » والعقد « الاتفاق الرامي إلى إنشاء علاقات إلزامية » نراه يصرح في المادة ١٤٧ أن العمل القانوني يجوز أن يكون صادراً عن فريق واحد (أي عن إرادة منفردة) أو أن يكون اتفاقـاً فيعبّر عنه بالعقد مقراً بذلك أن للعقد والاتفاق مفهوماً واحداً .

وقد أخذ المشرع المغربي بالرأي المؤيد لوحدة المدلول والمعنى بين العقـــد والاتفاق . فهو في الفرع الثاني من الباب الأول من القسم الأول الذي خصه للتعبير عن الارادة تناول بالبحث أولاً « التعبير عن الارادة الصادر عن طرف

---

٢ يلاحظ أن قانون الموجبات والعقود اللبناني أخذ بهذا المفهوم الضيق ، إذ هو عرّف الاتفاق « كل التئام بين مشيئة وأُخرى لانتاج مفاعيل قانونية » ، بينما اعتبر العقد الاتفاق الرامي إلى إنشاء علاقات الزامية (المادة ١٦٥) .

واحد » ثم ثانياً « الاتفاقات والعقود » حيث استعمل حيناً لفظ الاتفاق[٣] ، وأحياناً لفظ العقد[٤] ، وتارة لفظي العقد والاتفاق معاً في مادة واحدة[٥] ، نافياً بذلك كل تفرقة بين العقد والاتفاق .

وعليه يمكننا تعريف العقد أو الاتفاق بأنه « توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه » وبصورة أكثر اختصاراً وأدق تعبيراً « توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني » .

(ج) ومن تحليل هذا التعريف يتبين أنه لا بد لوجود عقد أو اتفاق من توافر أمرين :

أولهما – توافق إرادتين : ذلك أن كل طرف في العقد تنعقد إرادته على أمر معين ، فلا بد لانعقاد العقد أن تتقابل إرادتا الطرفين . فالبيع مثلاً لا يعتبر منعقداً إلا إذا التقت إرادة البائع بإرادة المشتري واقترن إيجاب أحدهما بقبول الآخر . ولا يعني ذلك توافق الارادتين بالنسبة لجميع شروط العقد حتى ما كان منها ثانوياً وغير جوهري ، بل يكفي أن يتم التوافق على ما هو أساسي كطبيعة العقد ومحله وغير ذلك مما يعتبره المتعاقدان أساسياً في العقد . وهذا ما أشارت اليه المادة ١٩ من قانون الالتزامات والعقود بقولها : « لا يتم الاتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية » .

---

٣ راجع المواد ١٩ و ٢٢ .

٤ راجع المواد ٢٤ و ٢٥ و ٢٦ و ٣١ و ٣٧ .

٥ راجع المواد ٢٠ و ٣٤ و ٣٦ .

ثانيهما – أن تتجه إرادتا الطرفين إلى إحداث أثر قانوني : فليس كل اتفاق إرادتين على شيء يعتبر عقداً . فقد يتفق شخصان على عمل عادي كالقيام بنزهة أو ترافق في سفر أو قبول دعوة إلى وليمة . ففي مثل هذه الأوضاع لسنا أمام عقد لأن نية الطرفين لم تتجه إلى إحداث أثر قانوني وأنه لا بد حتى يتكون العقد من أن تتجه إرادة الطرفين إلى ارتباطهما برابطة قانونية .

١٥ – **تصنيف العقود** : لقد عرض المشرع الفرنسي لبعض تقسيمات العقود كتقسيمها إلى عقود تبادلية أو غير تبادلية ، وإلى عقود محددة أو عقود غرر ، وإلى عقود معاوضة أو عقود تبرع[٦] . وأفرد المشرع اللبناني بحثاً خاصاً لتصنيف العقود أورد فيه سائر تقسيماتها[٧] . أما أكثر التقنينات الحديثة فقد أعرضت عن ذلك . وقانون الالتزامات والعقود المغربي وقف نفس الموقف . والواقع إن تقسيم العقود وتصنيفها عمل فقهي يخرج عن مهمة المشرع .

والتصنيف في العقود ليس مجرد ترتيب نظري بل له نتائج عملية هامة من حيث اختلاف القواعد القانونية في بعضها عن بعض بحسب نوعية العقود وصنفها .

والعقود تصنف تصنيفات كثيرة تبعاً للوجهة التي ينظر منها إلى العقد . وأهم هذه التصنيفات هي التالية :

– عقود مسماة وعقود غير مسماة .

---

٦ راجع المواد ١١٠٢ إلى ١١٠٦ من القانون المدني الفرنسي .

٧ راجع المواد ١٦٧ إلى ١٧٥ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

- عقود تبادلية وعقود غير تبادلية .
- عقود معاوضة وعقود تبرع .
- عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية .
- عقود تراضي أو عادية وعقود إذعانية .
- عقود فردية وعقود جماعية .
- عقود محددة وعقود غرر .

وسنبحث تباعاً في مختلف هذه التصنيفات .

١٦ – **التصنيف الأول : عقود مسماة وعقود غير مسماة** : (آ) فالعقد المسمى (contrat nommé) هو الـذي نظمـه المشرع وميَّزه عـن غيره باسم خاص وأحكام خاصة . مثال ذلك البيع والهبة والاجارة والكفالة .

(ب) أما العقد غير المسمى (contrat innommé) فهو الذي لم يميـزه المشرع عن غيره ولم يظفر منه بتنظيم خـاص . فهو متروك لإرادة المتعاقدين يكيفونه حسب مشيئتهم .

(ج) ولقد كان لهذا التصنيف شأن عظيم في التشريع الروماني ، إذ كان التنفيذ الإجباري بواسطة القضاء لا تتمتع به إلا العقود المسماة المعقودة وفقـاً لمراسمها الشكلية .

أما في ظل التشريع الحديث ففائدة هذا التصنيف قاصرة على تحديد القواعد التي تحكم العقد : ففي العقد المسمى يرجع أولاً إلى أحكامه الخـاصة

المقررة له في البحث الذي أفرده له القانون ، فإن لم يكن في بحثه الخاص نص يساعد على الحل وجب الرجوع إلى القواعد العامة لنظرية العقد الواردة في قسم الالتزامات . وفي العقد غير المسمى يرجع أولاً إلى القواعد العامة للالتزامات ، وإذا تعذر الحل عن هذا الطريق فيلجأ إلى القواعد الخاصة بأقرب العقود المسماة من طريق القياس .

١٧ – **التصنيف الثاني : عقود تبادلية وعقود غير تبادلية :** (آ) فالعقد التبادلي أو العقد الملزم لجانبين (contrat synallagmatique ou bilatéral) هو الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من طرفيه المتعاقدين بحيث يصبح كل واحد منهما دائناً في ناحية ومديناً في ناحية أخرى . ففي البيع مثلاً نجد البائع مديناً بنقل ملكية المبيع وتسليمه ودائناً بالثمن بينما نجد المشتري مديناً بالثمن ودائناً بقبض المبيع .

(ب) أما العقد غير التبادلي أو العقد الملزم لجانب واحد (contrat unilatéral) فهو الذي ينشيء التزامات في ذمة أحد المتعاقدين دون الآخر بحيث يكون أحدهما مديناً غير دائن والآخر دائناً غير مدين . مثال ذلك الهبة بغير عوض والوديعة بغير أجر .

ففي الهبة بغير عوض يلتزم الواهب بنقل ملكية الموهوب وتسليمه ولا يلتزم الموهوب له بشيء .

وفي الوديعة بغير أجر يلتزم الوديع بالمحافظة على الوديعة وردها ولا يلتزم المودع بشيء .

١٨ - (ج) والعقد غير التبادلي يبقى محافظاً على صفته غير التبادلية حتى لو أن الطرف الدائن تحمل فيما بعد بالتزامات تجاه الطرف الآخر نتيجة ظروف طرأت أثناء قيام العقد أو عند تنفيذه . فالوديعة بغير أجر هي عقد غير تبادلي لا تنشأ عنه التزامات إلا على الطرف الوديع الذي يترتب عليه إعادة الوديعة إلى المودع . ولكن الوديع قد يضطر لانفاق بعض المصروفات في سبيل المحافظة على الوديعة وصيانتها من الهلاك أو التلف ويصبح من حقه الزام المودع بهذه المصروفات (المادة ٨١٤ من قانون الالتزامات والعقود) . ففي مثل هذه الحالة يصبح الوديع مديناً بالوديعة ودائناً بالنفقات ، ويصبح المودع دائناً بالوديعة ومديناً بالنفقات[٨] . ومع ذلك تبقى الوديعة بغير أجر[٩] عقداً غير تبادلي لأن التزام المودع بالنفقات لم ينشأ مباشرة عن العقد بل إنما تولد عن ظروف طرأت فيما بعد – وكان يمكن أن لا تطرأ – ، وأن العقد ، حتى يتصف بالطابع التبادلي ، يجب أن يكون هو المصدر المباشر للالتزامات المترتبة على الطرفين المتعاقدين[١٠] .

١٩ - (د) ويجب التمييز بين العقد الملزم لجانب واحد (contrat unilatéral) وبين التصرف القانوني الصادر من جانب واحد (acte unilatéral) وهو المسمى بتصرف الارادة المنفردة كالوصية أو الوعد بجائزة .

---

٨ لذا أُطلق على هذا النوع من العقود إسم « العقود التبادلية الناقصة أو غير الكاملة » (contrat synallagmatique imparfait).

٩ ما قلناه بصدد الوديعة بغير أجر يرد على عارية الاستعمال وعلى الرهن .

١٠ من المفيد لفت النظر إلى أن التزام المودع ، في الوديعة بلا أجر ، بدفع نفقات الحفظ إلى الوديع ، يشكل حالة من حالات الالتزامات القانونية لأن مصدره المباشر هو القانون وليس العقد .

فالعقد الملزم لجانب واحد لا يتم إلا باتفاق إرادتين .

أما التصرف الصادر من جانب واحد فيتم بإرادة واحدة .

٢٠ – (هـ) ولتصنيف العقود إلى تبادلية وغير تبادلية ثمرات هامة تتجلى فيما يلي :

أولاً : في العقد التبادلي إذا طالب أحد الطرفين الطرف الآخر بتنفيذ التزامه – دون أن يكون قام هو بتنفيذ ما التزم به – جاز للطرف الملاحَق بالتنفيذ أن يدفع طلب خصمه ويمتنع عن التنفيذ ما دام أن ذلك الخصم لم يقم بتنفيذ التزامه . وهذا ما نص عليه قانون الالتزامات والعقود في المادة ٢٣٥ بقوله : « في العقود الملزمة للطرفين يجوز لكل منهما أن يمتنع عن أدء التزامه إلى أن يؤدي المتعاقد الآخر التزامه المقابل» . ففي البيع معجل الثمن مثلاً ، إذا طالب المشتري بتسلم المبيع جاز للبائع أن يمتنع عن ذلك ما لم يقم المشتري بأداء الثمن .

فهذا الدفع المعروف بدفع عدم التنفيذ (exceptio non adimpleti contractus) لا يمكن تصوره في العقد غير التبادلي لأن طالب التنفيذ فيه ليس في ذمته التزام حتى يطلب منه تنفيذه .

ثانياً : في العقد التبادلي إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد حتى يتحلل هذا المتعاقد الآخر من التزامه . وأكثر التشريعات تمنح هذا الحق للمتعاقد حتى لو كان التنفيذ ممكناً

كما في التشريع الفرنسي[١١] والتشريع السوري والتشريع المصري[١٢] والتشريع اللبناني[١٣] . أما قانون الالتزامات والعقود المغربي فهو يحصر حق طلب الفسخ في الحالة التي يصبح فيها تنفيذ الالتزام غير ممكن أصلاً أو في الحالة التي يكون فيها الالتزام غير ممكن إلا في جزء منه . فالمادة ٢٥٩ تقول : « إذا كان المدين في حالة مطل ، ثبت للدائن الحق في إجباره على اداء الالتزام ما دام تنفيذه ممكناً ، فإن لم يكن تنفيذ الالتزام ممكناً حق للدائن أن يطلب فسخ العقد ... وإذا كان تنفيذ الالتزام غير ممكن إلا في جزء منه حق للدائن أن يطلب إما تنفيذ العقد بالنسبة إلى الجزء الذي لا زال ممكناً وإما فسخه »[١٤] .

فقاعدة الفسخ لعدم التنفيذ لا محل لها في العقود غير التبادلية لأن الغاية من الفسخ هي أن يتحلل طالب الفسخ من التزامه ، وفي هذا النوع من العقود ليس على الملتزم له – كالمودع مثلاً – التزام مقابل حتى يطلب التحلل منه ، فليس أمامه إلا مطالبة الملتزم – وهو الوديع – بتنفيذ التزامه .

ثالثاً : في العقد التبادلي إذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لسبب أجنبي لا يد له فيه ، فهذا الالتزام ينقضي ويسقط بسبب انقضائـــه

---

١١ راجع المادة ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي .

١٢ راجع المادة ١٥٨ من القانون المدني السوري والمادة ١٥٧ من القانون المدني المصري .

١٣ راجع المادة ٢٤١ من قانون الالتزامات والعقود اللبناني .

١٤ تجدر الملاحظة إلى أن المشرع المغربي أجاز لبائع المنقول معجل الثمن ، في حالة عدم أداء المشتري الثمن ، المطالبة باسترداد المبيع (المادة ٥٨٢) . هـــذا يعني إعطـاء بائع المنقول حق فسخ عقد البيع دون تعليق الفسخ على عدم إمكان تنفيذ المشتري التزامه كما يقضي بذلك الحكم العام الوارد عليه النص في المادة ٢٥٩ .

الالتزام المقابل له عن المتعاقد الآخر . ومن ثم فتبعة الاستحالة في هذه العقود تقع على المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه : ذلك أن المدين يهلك حينئذ محل التزامه دون أن يستطيع مطالبة الطرف الآخر بشيء فيكون هو الذي تحمل الخسارة . وهـذا ما أوضحته المادة ٣٣٨ من قانون الالتزامات والعقود بقولها : « إذا كان عدم الوفاء بالالتزام راجعاً إلى سبب أجنبي عن المتعاقدين ومن غير أن يعتبر المدين في حالة مطل برئت ذمة هذا الأخير ، ولكن لا يكون له الحق في أن يطلب من الطرف الآخر أداء ما كان يستحق عليه » . ففي البيع مثلاً إذا هلك المبيع نتيجة قوة قاهرة ، انقضى التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، وانقضاء التزام البائع يُفضي إلى انقضاء التزام المشتري بتأدية الثمن ، بحيث يتحمل تبعة هلاك المبيع ، البائع الذي هو المدين بالالتزام الذي أضحى تنفيذه مستحيلاً .

أما في العقد غير التبادلي فإن الذي يتحمل تبعة الاستحالة ليس هو المتعاقد الذي استحال تنفيذ التزامه بل المتعاقد الآخر صاحب الحق الذي يضيع عليه حقه . ففي الوديعة مثلاً ، إذا هلك الشيء المودع بسبب أجنبي لا يد للوديع فيه ، برئت ذمة الوديع وتحمل المودع تبعة هذا الهلاك .

٢١ – **التصنيف الثالث : عقود معاوضة وعقود تبرع :** (آ) فعقد المعاوضة (contrat à titre onéreux) هو الذي يأخذ فيه المتعاقد مقابلاً لما يعطي كالبيع والاجارة . ففي البيع يقبض البائع الثمن مقابل إعطاء المبيع ، والمشتري يأخذ المبيع مقابل تأدية الثمن . وفي الاجارة يتقاضى المؤجر الأجرة مقابل تخليه عن الانتفاع بالمأجور ، ويحصل المستأجر

على الانتفاع بالمأجور مقابل دفع الاجرة .

(ب) أما عقد التبرع (contrat à titre gratuit) فهو الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلاً لما يعطي . ومثله البارز الهبة . ففي الهبة يعطي الواهب الشيء الموهوب دون أخذ مقابل ويأخذ الموهوب له هذا الشيء دون مقابل يعطيه .

(ج) وللتمييز بين عقود المعاوضة وعقود التبرع أهمية ترجع إلى اختلاف الأحكام التي تطبّق على كل منهما وذلك من وجوه متعددة نخص بالذكر منها ما يلي :

أولاً : الأصل أن الغلط الواقع على شخصية أحد المتعاقدين يعيب الارادة في عقود التبرع دوماً ، فيجعل هذه العقود قابلة للإبطال . فإذا وهبت مثلاً مبلغاً من المال لشخصٍ معيّن وتبين لي فيما بعد أن الهبة آلت إلى غير شخص الموهوب له الذي كنت أقصد أن أخصه بالهبة ، جاز لي ، في كل حال ، أن أطالب بإبطال الهبة للغلط الذي وقعت فيه من حيث شخص الموهوب له . أما في عقود المعاوضة ، فإن الغلط في شخصية أحد المتعاقدين لا يعيب الارادة إلّا إذا كانت هذه الشخصية محل اعتبار خاص كالمتعاقد مع فنان ذائع السيط مثلاً على عمل فني أو كعقد شركة مع شخص لما هو عليه من سعة في المال أو لما يتمتع به من حسن سمعة .

ثانياً : من حيث تقدير المسؤولية عتد الاخلال بالالتزام ، نجد مسؤولية المتبرع أخف من مسؤولية المعاوض . ففي الوديعة مثلاً ، إذا كانت بغير أجر ، لا يضمن الوديع مبدئياً هلاك الشيء أو تلفه إلا إذا حصل الهلاك أو التلف

بفعله أو بإهماله (المادة ٨٠٦ من قانون الالتزامات والعقود) . أما إذا كانت بأجر فيضمن الوديع الهلاك أو التلف الناتج من أي سبب كان يمكنه التحرز منه حتى لو لم يصل ذلك إلى حد الاهمال (المادة ٨٠٧) .

ثالثاً : في التقنينات التي تقر الدعوى البوليانية (action paulienne) – وهي دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنيه – كما في التشريع الفرنسي والتشريعين السوري والمصري والتشريع اللبناني ، تختلف شروط الطعن بهذه الدعوى في عقود المعاوضة عنها في عقود التبرع : فإذا كان التصرف المطعون فيه بعوض ، اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطوياً على غش من المدين وأن يكون المتصرف إليه على علم بهذا الغش . أما إذا كان التصرف المطعون فيه تبرعاً فلا يشترط شيء من ذلك ويعتبر التصرف غير نافذ في حق الدائن ، حتى ولو كان المدين المتبرع لم يرتكب غشاً وكان المتصرف إليه الذي صدر له التبرع حسن النية[١٥] .

٢٢ – التصنيف الرابع : عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية :
(آ) فالعقد الرضائي (contrat consensuel) هو الذي يتم انعقاده وينتج آثاره بمجرد اتفاق الارادتين أي بمجرد تراضي عاقديه ودون اشتراط شكل ما لانعقاده .

---

١٥ راجع المادة ١١٦٧ من القانون المدني الفرنسي ، والمادة ٢٣٩ من القانون المدني السوري ، والمادة ٢٣٨ من القانون المدني المصري ، والمادة ٢٧٨ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

والقاعدة اليوم هي رضائية العقود خلاف ما كانت عليه الحال قديماً ولا سيما في التشريع الروماني حيث كانت القاعدة السائدة هي شكلية العقود .

(ب) والعقد العيني (contrat réel) هو الذي يشترط لانعقاده ، علاوة على تراضي الطرفين ، أن يجري فيه تسليم الشيء المعقود عليه بحيث لا يبرم العقد إلا إذا تم ركن التسليم . ومن الأمثلة البارزة على العقود العينية الرهن الحيازي وعارية الاستعمال : ففي معرض بيان شروط انعقاد رهن المنقول نصت المادة ١١٨٨ على أن الرهن الحيازي يتم « أولاً : بتراضي طرفيه على قيام الرهن ، ثانياً : وزيادة على ذلك بوضع الشيء المرهون فعلياً في سلطة الدائن أو في سلطة أحد من الغير يتفق عليه بين العاقدين » . وفي معرض بيان شروط انعقاد عارية الاستعمال قررت المادة ٨٣٣ أن عارية الاستعمال تتم « بتراضي الطرفين وبتسليم الشيء إلى المستعير » .

(ج) وأما العقد الشكلي (contrat solennel ou formel) فهو الذي يشترط لانعقاده علاوة على تراضي المتعاقدين مراسم شكلية يجب أن يتبعها المتعاقدان : فالبيع الواقع على عقار مثلاً هو عقد شكلي لأن قانون الالتزامات والعقود المغربي أوجب اجراءه كتابة في محرر ثابت التاريخ (المادة ٤٨٩) . والشركة التي يكون محلها عقارات أو غيرها من الأموال مما يمكن رهنه رهناً رسمياً وتبرم لتستمر أكثر من ثلاث سنوات تعتبر كذلك من العقود الشكلية لأن المشرع أوجب أن يحرر العقد كتابة تحت طائلة البطلان (المادة ٩٨٧) . وعقد الزواج ، وإن كان ينعقد بالايجاب والقبول ، إلا أنه يشترط لصحته حضور شاهدين عدلين سامعين في مجلس واحد الايجاب والقبول ، وإلا كان

الزواج فاسداً (الفقرة الأولى من المادة ٥ والفقرة الثانية من المادة ٣٢ من مدونة الأحوال الشخصية) .

وقد يحصل أن يشترط المتعاقدان جعل تصرفهما ، رغم كونه تصرفاً رضائياً ، خاضعاً لشكل خاص . ففي هذه الحالة ينقلب التصرف من تصرف رضائي إلى تصرف شكلي ولا ينعقد إلا بتوافر الشكل الذي ارتضاه الطرفان على ما ورد في المادة ٤٠٢ من قانون الالتزامات والعقود و بمقتضاها « إذا لم يكن العقد خاضعاً لشكل خاص ، واتفق عاقداه صراحة على أنهما لا يعتبرانه نهائياً إلا إذا تم في شكل محدد ، فإن الالتزام لا يوجد إلا إذا جاء في الشكل الذي قرره العاقدان » . فعقد الايجار مثلاً هو عقد رضائي . ومع ذلك ، إذا ما اتفق المؤجر والمستأجر على تنظيم الايجار بينهما بحجة رسمية ، فإنه يتحول من عقد رضائي إلى عقد شكلي ويتوقف انعقاده على تحرير السند الرسمي الذي أراده المتعاقدان . وما لم يحرر هذا السند الرسمي ، فعقد الايجار يعتبر كأن لم يكن ولو أن الطرفين قد تم اتفاقهما على سائر شروطه ومندرجاته .

وهكذا فالعقد يكون شكلياً إما بمقتضى نص في القانون وإما بمقتضى اتفاق الطرفين المتعاقدين أنفسهما . وسواء كانت الشكلية من صنع المشرع أم كانت من صنع إرادة الإنسان ، فإنه يجب مراعاتها في الحالتين تحت طائلة اعتبار العقد باطلاً لفقدان ركن من أركان انعقاده .

٢٣ – **التمييز بين شكلية العقد وبين شكلية الاثبات** : يجب التمييز بين شكلية العقد وشكلية إثباته :

فالكتابة قد تكون مشروطة لوجود التصرف وانعقاد العقد كما في البيع

العقاري أو في الشركة التي يكون محلها عقارات أو غيرها من الأموال مما يمكن رهنه رهناً رسمياً وتبرم لأكثر من ثلاث سنوات . فمثل هذه العقود يتوقف انعقادها على تحرير صك خطي لأن الكتابة فيها تشكل ركناً من أركان الانعقاد ؛ وما لم يتوافر هذا الركن يعتبر العقد باطلاً فلا تقوم له قائمة ولا يستطيع أي من الطرفين إلزام الطرف الآخر به ومطالبته بتنفيذه .

وقد تكون الكتابة مشروطة للاثبات فحسب كما في بيع السلم[١٦] الذي نص قانون الالتزامات والعقود على عدم جواز إثباته إلا بالكتابة (المادة ٦١٣) ، أو كما في كراء العقارات والحقوق العقارية لأكثر من سنة حيث تطلب القانون البينة الخطية (المادة ٦٢٩) ، أو كما في كل اتفاق تتجاوز قيمته ٢٥٠ درهماً حيث أوجب المشرع لاثباته دليلاً كتابياً (المادة ٤٤٣) . ففي مثل هذه الحالات لا يكون العقد شكلياً بل يبقى العقد رضائياً وإن كانت تشترط في إثباته الكتابة . ويترتب على ذلك أن الكتابة إذا ما انتفت ، فلا يترتب على انتفائها انعدام العقد وبطلانه ، بل تعذر اثباته بالشهادة والقرائن[١٧] . ويظل من الممكن إقامة الدليل عليه بالاقرار أو بتوجيه اليمين الحاسمة .

٢٤ – التصنيف الخامس : عقود تراضي وعقود إذعانية : (آ) فعقد

---

١٦ السلم عقد بمقتضاه يعجل أحد المتعاقدين مبلغاً محدداً للمتعاقد الآخر الذي يلتزم من جانبه بتسليم مقدار معين من الأطعمة أو غيرها من الأشياء المنقولة في ميعاد متفق عليه .

١٧ ما لم توجد بداية حجة بالكتابة حيث تسمع البينة بالشهادة والقرائن لاثبات الاتفاقات التي يتطلب القانون لاثباتها دليلاً خطياً (المادة ٤٤٧) .

التراضي أو العقد العادي (contrat de gré à gré) هو الـــذي تجري المناقشة والمساومة في بنوده وشروطه من قبل المتعاقدين اللذين يسهمان معاً في هذه المهمة على وجه التعادل والمساواة وبملء الحرية . مثال ذلك عقود البيع والاجـــارة والقرض حيث لا يفرض أي من الطرفين شروط العقد على الآخر بل تحدد هـذه الشروط بالاتفاق بين البائع والمشتري والمؤجر والمستأجـر والمقـرض والمستقرض .

(ب) أما عقد الاذعان (contrat d'adhésion) فهو الذي ينعقـــد دون مناقشة ولا مساومة بين الطرفين . ففي هذا النوع من العقود يكون موقف أحد المتعاقدين موقف المطاوع لا يملك إلا أن يقبل شروطاً يمليها الطرف الآخر جملة أو يرفضها جملة دون مفاوضة أو نقاش . وقد عرف هذا النوع من العقود عندما شاعت الاحتكارات القانونية لبعض المرافق العامة كالماء والكهرباء والغـــاز ووسائط النقل العامة : فالراغب في الاشتراك في الغاز أو الكهرباء أو الماء أو الراغب في استعمال القطار لا يستطيع أن يناقش ويساوم في شروط الاشتراك أو الاستعمال بل ليس له ، إذا ما أراد التعاقد ، سوى الاذعان لارادة الشركة المحتكرة والقبول طائعاً بالايجاب الذي تعرضه عليه والذي يكون معداً مسبقاً .

(ج) وتظهر أهمية هذا التصنيف في التقنينات الحديثة حيث يتجه المشرع إلى وضع نصوص آمرة تحمي الطرف المذعن من تعسف الآخر نظراً لأن الطرف المذعِن هو الجانب الضعيف من المتعاقدين وأن الطرف الآخر هو الجانب القوي المتحكم . فمن هذه النصوص مثلاً إعطاء القاضي حق تعديل الشروط التعسفية في عقود الاذعان وإعفاء الطرف المذعن منها وتقرير بطلان كل اتفاق على

خلاف ذلك[١٨] . ومن هذه النصوص أيضاً ما يقضي بأن العقد الاذعاني إذا كانت عباراته غامضة وأورثت شكاً فإن هذا يفسر دوماً بالمعنى الذي هو في مصلحة الطرف المذعن ولو كان دائناً[١٩] ، مع أن المبدأ العام المقرر هو أن الشك يفسر في مصلحة المدين (المادة ٤٧٣ من قانون الالتزامات والعقود) .

وفي فرنسا ، رغم انتفاء مثل هذه النصوص الآمرة ، يتجه الفقه والاجتهاد ، في حالة قيام نزاع حول شرط من شروط العقد الاذعاني ، إلى تجريد هذا الشرط من آثاره وعدم الزام الطرف المذعن به إذا تبين أن الشرط المذكور لا ينسجم وشروط العقد الأساسية ودس في خضم هذه الشروط لربط الطرف المذعن به دون أن يكون قد تمكن من الوقوف عليه والقبول بمضمونه[٢٠] .

ونحن نقول بصواب هذا الاتجاه ونرى أن يسير القضاء في المغرب على منواله فيحل الجانب الضعيف المذعن من أي شرط جائر مدسوس لا يأتلف ولحمة العمل القانوني الذي هو محل العقد الاذعاني .

أما تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائناً ، فلا نستطيع الأخذ به في المغرب لأن ذلك يخالف المبدأ الوارد عليه النص في المادة ٤٧٣ من قانون الالتزامات والعقود وبمقتضاه (يجب تفسير الشك دوماً لمصلحة المدين) ، وأن الخروج على هذا المبدأ يحتاج إلى نص صريح .

١٨ راجع المادة ١٥٠ من القانون المدني السوري والمادة ١٤٩ من القانون المدني المصري .

١٩ راجع المادة ١٥٢ من القانون المدني السوري والمادة ١٥١ من القانون المدني المصري .

٢٠ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء الثاني نبذة ٣٣ صفحة ٢١ – محكمة النقض الفرنسية (الغرفة المدنية) قرار ٣١ يوليوز ١٩٣٠ سيريه ١٩٣١ – ١ – ٢٨١.

٢٥ – **التصنيف السادس : عقود فردية وعقود جماعية :**

(آ) فالعقد الفردي (contrat individuel) هو الذي يتطلب قبول كل واحد من الأطراف المتعاقدين بحيث يكفي تخلف متعاقد واحد حتى يكون العقد غير قائم . ففي عقد شركة الأشخاص مثلاً لا بدّ لتمام العقد من رضاء كل واحد من الشركاء مهما بلغ عددهم .

(ب) أما العقد الجماعي (contrat collectif) فهو الذي يكتفى فيه بقبول أغلبية أعضاء مجموعة من الأشخاص بحيث تجد فيه الأقلية نفسها مقيدة بعقد لم تبرمه ولم توافق عليه ، بل ربما عارضت في انعقاده أشد المعارضة . فعقد الصلح الذي يجريه التاجر المفلس مع دائنيه (concordat) هو من قبيل العقود الجماعية إذ يكفي لابرامه أن يُصوتَ عليه من قبل أكثرية الدائنين عدداً شرط أن يكونوا حائزين ثلثي الديون المقبولة في التفليسة (المادة ٢٥٩ من قانون التجارة) . وكذلك من قبيل العقود الجماعية العقود التي تبرمها أغلبية الشركاء على الشيوع في سبيل إدارة المال المشترك والانتفاع به شرط أن يكون لملاك الأغلبية ثلاثة أرباع هذا المال (المادة ٩٧١ من قانون الالتزامات والعقود) .

٢٦ – **التصنيف السابع : عقود محددة وعقود غرر :** (آ) فالعقد المحدد (contrat commutatif) هو الذي يستطيع فيه كل من الطرفين المتعاقدين أن يحدد وقت التعاقد مقدار ما يأخذ ومقدار ما يعطي . فالبيع مثلاً هو عقد محدد لأن البائع يعرف قيمة المبيع الذي التزم بنقل ملكيته إلى المشتري والمشتري يعرف مقدار الثمن الذي التزم بدفعه للبائع .

(ب) أما عقد الغرر أو العقد الاحتمالي (contrat aléatoire) فهو الذي

لا يستطيع فيه أي من الطرفين المتعاقدين أن يحدد وقت التعاقد مقدار ما يأخذ أو ما يعطي بمقتضى العقد ، وإنما يتحدد ذلك في المستقبل تبعاً لأمر غير محقق الحصول كما في التأمين ضد الحريق أو غير معروف وقت حصوله كما في التأمين على الحياة : ففي عقد التأمين ضد الحريق قد يدفع المؤمن له الأقساط السنوية جميعاً ولا يحصل الحريق فيصاب المؤمن له بخسارة وتجني شركة التأمين ربحاً ؛ وقد يدفع المؤمن له قسطاً واحداً وينشب الحريق فتضطر الشركة لدفع مبلغ التأمين وتصاب بخسارة جسيمة . وفي عقد التأمين على الحياة يجهل الطرفان ، وقت العقد ، مقدار ما سيؤدى من أقساط : فقد تقصر حياة المؤمن له فلا يدفع إلا قدراً يسيراً من الأقساط وتلحق المؤمن خسارة ، وقد تطول حياة المؤمن له فيدفع قدراً كبيراً من الأقساط ويجني المؤمن ربحاً من وراء ذلك .

ففي عقود الغرر يتبين أن احتمال الكسب والخسارة (aléa) هو عنصر أساسي لقيام هذه العقود بحيث إذا انعدم هذا الاحتمال كان العقد باطلاً . وهذا ما أكده المجلس الأعلى عندما قرر « أن السبب في عقد البيع مقابل أداء راتب عمري هو الغرر الناتج عن عدم معرفة طول حياة مستحق ذلك الراتب . وبالتالي يكون السبب مفقوداً متى كانت خياة ذلك المستحق للراتب العمري مقضياً عليها بالفناء العاجل عند إبرام العقد بشهادة الأطباء »[٢١] .

ومن عقود الغرر الشائعة اليوم عقود التأمين ، وعقود المرتب مدى الحياة

---

٢١ المجلس الأعلى الحكم عدد ٨٥ تاريخ ٣ يبراير ١٩٥٩ ، مجلة القضاء والقانون العدد ٢٤ دجنبر ١٩٥٩ صفحة ٣٢٨ .

بعوض وبمقتضاها يلتزم شخص بأن يؤدي إلى شخص آخر مرتباً دورياً مدى الحياة بعوض .

ومن عقود الغرر أيضاً عقود المقامرة أو الرهان . وقد قرر قانون الالتزامات والعقود بطلان هذه العقود إذ نصت المادة ١٩٠٢ على أن « كل التزام يكون سببه دين مقامرة أو رهان يقع باطلاً بقوة القانون » . على أن المشرع استثنى من البطلان اللعب والرهان على سباق الأشخاص وسباق الخيل وعلى الرماية أو على المباريات التي تجري على الماء ، أو على غير ذلك من الأمور التي تتعلق بالمهارة والرياضة وذلك بشرط ألا يحصل الرهان من أحد المتبارين للآخر وألا يحصل الرهان بين المتفرجين بعضهم مع بعض (المادة ١٠٩٧) .

الفصل الثاني

شروط انشاء العقد

٢٧ – **نظرة عامة** : إنشاء العقد هو تكوينه بين طرفيه . وحتى يكوّن العقد بصورة صحيحة وينتج آثاره القانونية ، هناك شروط يجب أن تتوفر . وقد عدد قانون الالتزامات والعقود هذه الشروط في المادة الثانية منه .

وبمقتضى المادة المذكورة ، الشروط اللازمة لانشاء عقد صحيح هي أربعة :

(آ) أهلية المتعاقدين .

(ب) تعبير صحيح عن الارادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام التعاقدي .

(ج) شيء محقق يصلح لأن يكون محلاً للألتزام المتولد عن العقد .

(د) سبب مشروع للالتزام المذكور .

ولما كانت بعض العقود تتطلب علاوة على هذه الشروط ، توفر شرط آخر

هو شرط الشكلية في العقود الشكلية وشرط التسليم في العقود العينية ، فإنه لا بدّ لنا من إضافة هذا الشرط إلى الشروط الأربعة التي ذكرها القانون .

ثم إن التعبير الصحيح عن الارادة أو التراضي هو الركن الأساسي في عملية التعاقد . لذا نرى أن نستهل البحث فيه ثم نتبعه بالأركان الأُخرى .

وعليه سيتضمن هذا الفصل خمسة فروع :

الفرع الأول : التراضي .

الفرع الثاني : الأهلية .

الفرع الثالث : المحل .

الفرع الرابع : السبب .

الفرع الخامس : ركن الشكلية في العقود الشكلية وركن التسليم في العقود العينية .

الفرع الأول

التراضي

٢٨ – **تعريف وتحليل** : تعريف التراضي هو تعريف للعقد نفسه إذ التراضي لحمة العقد وسداه .

فالتراضي هو توافق ارادتي المتعاقدين على إحداث الأثر القانوني المتوخى من العقد . ويتحقق هذا التوافق قانوناً بتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين . ويكون ذلك بصدور إيجاب (offre) يتضمن عرضاً يوجهه شخص لآخر ،

وصدور قبول مطابق للايجاب من الشخص الذي وجه اليه العرض (acceptation) فيقترن القبول بالايجاب ويحصل التراضي وبالتالي يتم العقد .

٢٩ - **مخطط البحث** : يقتضينا البحث في التراضي أن نعرض لكيفية التعبير عن الارادة ، ثم للايجاب ، ثم للقبول ، ثم لاقتران القبول بالايجاب .

ولما كان لا بدّ في التراضي ، حتى ينتج أثره القانوني ، من أن يكون صحيحاً أي سليماً لا يشوبه عيب من عيوب الرضى ، فإنه يتحتم علينا أن نختم الكلام في التراضي ببحث نخصه لعيوب الرضى .

وعليه سيتضمن هذا الفرع المباحث التالية :

المبحث الأول : كيفية التعبير عن الإرادة .

المبحث الثاني : الايجاب .

المبحث الثالث : القبول .

المبحث الرابع : اقتران القبول بالايجاب .

المبحث الخامس : عيوب الرضى .

المبحث الأول

في كيفية التعبير عن الارادة

٣٠ - **التعبير عن الإرادة يكون صريحاً أو ضمنياً** : لم يحتم المشرع مظهراً خاصاً للتعبير عن الإرادة لأن مقتضى مبدأ الرضائية السائد اليوم أن

لا يخضع التعبير لشكل معين وأن تترك للمتعاقد الحرية في الافصاح عن إرادته بالطريقة التي يستنسبها .

وعلى الأغلب يكون التعبير عن الإرادة صريحاً . ولكنه في بعض الحالات يكون ضمنياً .

(آ) فالتعبير الصريح هو الذي يفصح عن الإرادة بطريقة مباشرة أي الذي يحصل بوسيلة تكشف عن الإرادة حسب المألوف بين الناس ، كـأن يجري التعبير باللفظ أو بالكتابة أو بالاشارة المتداولة عرفاً ، أعني الاشارة التي تواضع الناس على معنى خاص لها كالايماء بالرأس إلى أسفل دلالة على القبول أو هز الكتفين دلالة على الرفض ، أو بصورة أعم باتخاذ أي موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود ، كعرض التاجر بضاعته للجمهور مكتوباً عليها ثمنها .

(ب) أما التعبير الضمني فهو الذي ينبئ عن الإرادة بطريقة غير مباشرة أي بوسيلة يمكن أن تستنبط منها دلالة التعبير في ضوء ظروف الحال ، وذلك كما لو عرض على شخص شيء ليشتريه فباعه هذا الشخص من آخر ، أو كما لو بقي المستأجر بعد انتهاء الايجار منتفعاً بالمأجور بعلم المؤجر ودون اعتراض منه ، أو كما لو كان الشيء المعروض مأكولاً مكتوباً عليه ثمنه فتناوله شخص وأكله . فبيع الشخص الشيء الذي كان عرض عليه شراؤه يعتبر قبولاً ضمنياً للشراء ، وبقاء المستاجر بالمأجور بعلم المؤجر ينطوي على إيجاب ضمني من المستأجر بتجديد الايجار وعلى قبول ضمني من المؤجر بهذا التجـديد ،

وتناول الشخص المأكولات وأكلها يعتبر قبولاً ضمنياً بشرائها بالسعر المعروضة فيه .

٣١ - **هل يعتبر السكوت تعبيراً ضمنياً عن الارادة** : لا وجه للبحث إطلاقاً فيما إذا كان السكوت يصلح تعبيراً ضمنياً عن الإيجاب لأن الإيجاب هو العرض الذي يوجهه أحد الطرفين إلى الآخر ويشكل الشق الأول من عملية التعاقد . فلا بد من أمر إيجابي يدل عليه ولا يتصور استخلاصه من مجرد السكوت .

إنما البحث يدور لمعرفة ما إذا كان يصح اعتبار السكوت تعبيراً عن القبول عملاً بالمثل القائل « من سكت قبل » (qui ne dit mot consent).

القاعدة في هذا الصدد أن ذلك لا يصح . فالسكوت مبدئياً لا يعتبر قبولاً ويمكن أن نردد هنا مع فقهاء الشريعة قولهم المأثور « لا ينسب إلى ساكت قول » . وفي الواقع لا يمكن أن نتطلب من الشخص في كل مرة يعرض عليه إيجاب أن يبادر إلى الاجابة بالقبول أو الرفض تحت طائلة اعتبار سكوته قبولاً بالإيجاب . ففي ذلك حرج وإرهاق للناس لا يقره مشرع ولا يرتضيه المنطق السليم .

على أن فقهاء الشريعة اعتبروا السكوت تعبيراً عن القبول على سبيل الاستثناء عندما تحفه ظروف تجعل فيه هذه الدلالة فقالوا : « إن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان » .

وتمشياً مع هذا القول نص قانون الالتزامات والعقود في المادة ٢٥ على أن « السكوت عن الرد يكون بمثابة القبول إذا تعلق الايجاب بمعاملات سابقة بدأت

فعلاً بين الطرفين » . مثال ذلك أن يكون اعتاد تاجر طلب توريد بضاعة معينة من عميل له وأن يكون اعتاد هذا العميل الاستجابة للطلب وإرسال البضاعة المطلوبة دون أن يسبق ذلك إشعار بالقبول . فإذا طلب التاجر بضاعة مما يدخل في نطاق المعاملات السابقة وسكت العميل كعادته ، حق للتاجر أن يعتبر سكوت العميل قبولاً .

وكذلك ، نحن نرى ، رغم سكوت المشرع المغربي ، أن يعتد أيضاً بسكوت من وجه إليه الايجاب وأن يعتبر سكوته بمثابة القبول إذا كان تمحض الايجاب لمنفعة من وجه اليه ، كما لو كان الايجاب تضمن هبة منقول لا تشترط فيها الرسمية أو تضمن إعفاء المدين من الفوائد أو المستأجر من جزء من الاجرة ، وسكت من وجه إليه الايجاب . فالسكوت هنا لا يمكن أن يحمل إلا على محمل القبول كما نصت عليه بعض التقنينات صراحة[1] ، وكما أخذ به الفقه وأيده القضاء في فرنسا[2] رغم عدم النص على ذلك في القانون المدني الفرنسي .

ولكن فيما عدا هذه الحالات الاستثنائية ، يجب الرجوع إلى القاعدة التي قررناها وهي أن السكوت لا يصلح أن يكون تعبيراً ضمنياً عن القبول .

---

١ راجع المادة ٩٩ من القانون المدني السوري والمادة ٩٨ من القانون المدني المصري .

٢ بلانيول وريبير ، الموسوعة العملية في الحقوق الفرنسية الجزء ٦ نبذة ١٠٩ صفحة ١٢٢ – ودوموغ ، الموسوعة في الالتزامات بصورة عامة الجزء ٢ نبذة ٥٥٥ صفحة ١٧٥ – ونقض فرنسي قرار ١٥ ابريل ١٨٧٤ دالوز ١٨٧٥ – ١ – ٣٥٦ ونقض فرنسي قرار ٢٩ مارس ١٩٣٨ دالوز ١٩٣٩ – ١ – ٥ .

المبحث الثاني

في الايجاب

٣٢ - **تعريف الايجاب** : الايجاب هو التعبير عن إرادة شخص يعرض على غيره أن يتعاقد معه . وقد يكون الايجاب موجهاً إلى شخص معين كما لو عرض زيد بيع عقار يملكه إلى عمرو ، وقد يكون موجهاً إلى أي شخص كان من الجمهور كما في عرض تاجر بضاعة في محله مكتوباً ثمنها عليها .

٣٣ - **التمييز بين الايجاب وبين الدعوة إلى التعاقد** : يجب التمييز بين الإيجاب وبين العرض المتضمن مجرد الدعوة إلى التعاقد والذي لا يشتمل كالايجاب على العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه . مثال العرض المتضمن دعوة إلى التعاقد ، نشر شخص إعلاناً في صحيفة يعلن فيه عن حاجته إلى محاسب يحمل شهادة من معهد تجاري ويقبل العمل بمرتب معين . مثاله أيضاً النشرات التي تصدرها شركات السياحة وتعلن فيها عن برامج لرحلات بتعرفة محددة . فإذا استجاب شخص إلى دعوة للتعاقد من هذا القبيل فلا تعتبر استجابته قبولاً ينعقد به العقد ، بل تكون إيجاباً يستطيع صاحب الدعوة أن يقبله أو يرفضه .

وقد يصعب في بعض الحالات معرفة ما إذا كان عرض ما يرقى إلى مصاف الايجاب أم أنه يقف عند حد الدعوة إلى التعاقد . فهذه مسألة موضوعية يعود للقاضي أن يقول كلمة الفصل فيها في ضوء ظروف كل حالة على حدة .

وجدير بالذكر أن المشرع المغربي قد نص في المادة ٣٢ على أن إقامة

المزاد (أي المزايدة) لا تشكل إيجاباً بل هي تعتبر بمثابة دعوة إلى التعاقد . فإذا تقدم أحد بعطاء فيعتبر ذلك إيجاباً منه ، وكل عطاء يسقط بعطاء لاحق يزيد عليه ولو كان هذا العطاء اللاحق باطلاً أو قابلاً للإبطال . ولا يلتزم صاحب المزاد بالعطاء الأخير إلا إذا قبل به . فإذا قبل رسا المزاد على المزاود الأخير وتم العقد .

٣٤ - **هل للايجاب قوة الزامية** : الأصل في النظر القانوني أن الايجاب ليس له بحد ذاته قوة الزامية ، وأن للموجب أن يرجع عن إيجابه ما دام لم يقترن به قبول ، أو ما دام الطرف الآخر الذي وجه اليه الايجاب لم يشرع في تنفيذ العقد . وهذا ما نصت عليه المادة ٢٦ بقولها : « يجوز الرجوع عن الايجاب ما دام العقد لم يتم بالقبول أو بالشروع في تنفيذه من الطرف الآخر » . فإذا عرض تاجر مثلاً على صاحب معمل أن يصنع له بضاعة معينة ، فإن التاجر يبقى غير ملزم بايجابه ويستطيع الرجوع عنه ما دام صاحب المعمل لم يقبل الإيجاب الذي وجه إليه أو ما دام لم يشرع بعد في صنع البضاعة .

على أن المشرع اعتبر الايجاب ملزماً على وجه الاستثناء في الحالتين التاليتين :

أولاً : إذا كان الايجاب مقترناً بأجل للقبول حيث يلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الأجل . وقد نصت على هذه الحالة المادة ٢٩ فقالت : « من يتقدم بايجاب مع تحديد أجل للقبول يبقى ملتزماً تجاه الطرف الآخر إلى انصرام الأجل . ويتحلل من إيجابه إذا لم يصله رد بالقبول خلال الأجل المحدد » . فلو وجه زيد إيجاباً لعمرو والتزم أن يبقى على إيجابه مدة

أسبوع ، فلا يستطيع الرجوع عن إيجابه إلا بعد انقضاء مدة الأسبوع دون وصول رد بالقبول إليه .

ثانياً : إذا كان الايجاب تم بطريق المراسلة دون تحديد أجل حيث يظل الموجب ملتزماً بالبقاء على إيجابه إلى الوقت الذي يتسع لوصول قبول يكون قد صدر في وقت مناسب وفي ظروف عادية ما لم يكن الموجب قد أوضح لمن وجه إليه الايجاب أنه لا يرغب انتظار المدة التي تستغرقها المراسلة العادية – كأن يكون طلب في إيجابه أن يحصل الرد بالقبول هاتفياً أو برقياً حيث يستطيع الموجب التحلل من إيجابه دون انتظار انقضاء هذه المدة . وهذا ما ورد عليه النص في الفقرة الأولى من المادة ٣٠ وبمقتضاها « من تقدم بايجاب عن طريق المراسلة من غير أن يحدد أجلاً ، بقي ملتزماً به إلى الوقت المناسب لوصول رد المرسل إليه داخل أجل معقول ما لم يظهر بوضوح من الايجاب عكس ذلك » .

ويجب التنبيه إلى أن المطلوب في الحالتين هو وصول التصريح بالقبول إلى الموجب قبل انقضاء الأجل – إذا كان الايجاب مقترناً بأجل – ، أو قبل فوات المدة المعقولة التي تكفي عادة لوصوله فيها إليه – إذا كان الايجاب تم بالمراسلة دون تحديد أجل – . أما إذا انقضى الأجل أو فاتت المدة المعقولة دون وصول القبول إلى الموجب ، فإن هذا الأخير لا يكون ملتزماً ويتحلل من إيجابه ، حتى لو كان من وجه إليه الايجاب قد بعث بقبوله في الوقت المناسب وتأخر وصوله إلى الموجب لسبب من الأسباب ، على أنْ يبقى في هذه الحالة ، لمن وجه إليه الايجاب أن يطالب الجهة المسؤولة عن التأخير ، بالتعويض عما لحقه من ضرر . وقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة ٣٠ بقولها : « إذا

صدر التصريح بالقبول في الوقت المناسب ولكن لم يصل إلى الموجب إلا بعد انصرام الأجل الذي يكفي عادة لوصوله اليه ، فإن الموجب لا يكون ملتزماً ، مع حفظ حق الطرف الآخر في طلب التعويض من المسؤول قانوناً » .

٣٥ – **سقوط الايجاب** : إن الايجاب ، بعد أن يكون أنتج أثره بوصوله إلى علم من وجه إليه ، يمكن أن يتناوله السقوط . ويتم هذا السقوط بأحد الأسباب التالية :

أولاً : يسقط الايجاب برفضه من قبل من وجه إليه . ففي هذه الحالة يسقط الايجاب سواء كان ملزماً أو غير ملزم . والرفض يمكن أن يتخذ صوراً مختلفة : فقد يكون رفضاً مجرداً ، وقد يكون إيجاباً جديداً يعارض الايجاب الأول ، وقد يتخذ شكل قبول مقرون بشرط أو قيد أُدخل على الايجاب فيعتبر بمثابة ايجاب جديد من قبل من وجه إليه الايجاب الأول .

ثانياً : ويسقط الايجاب بانقضاء المدة المعينة للقبول صراحة من قبل الموجب نفسه أو ضمناً إذا كان الايجاب تم بطريق المراسلة . فالموجب قصد أن يبقى إيجابه قائماً خلال المدة التي حددها صراحة أو ضمناً ودل على أنه لا يريد البقاء على إيجابه أكثر منها . فإذا انقضت المدة المحددة سقط الايجاب من نفسه .

ثالثاً : ويسقط الايجاب إذا مات الموجب أو أصبح فاقد الأهلية أو ناقصها كما إذا حجر عليه لجنون أو سفه ، واتصل ذلك بعلم من وجه إليه الايجاب قبل أن يقبله .

أما إذا وقع قبول من وجه اليه الايجاب قبل علمه بموت الموجب أو بفقد أهليته أو نقصها ، فانه يعتد بهذا القبول ويبرم العقد . وبهذا قالت المادة ٣١ « موت الموجب أو نقص أهليته[٣] إذا طرأ بعد إرسال إيجابه ، لا يحول دون إتمام العقد ، إن كان من وجه إليه الايجاب قد قبله ، قبل علمه بموت الموجب أو بفقد أهليته »[٤] .

ومن باب أولى إذ موت الموجب أو فقد أهليته أو نقصها بعد وقوع القبول لا يؤثر على إبرام العقد حتى لو وقع الموت أو وقع فقد الأهلية أو نقصها قبل وصول القبول إلى الطرف الموجب ، لأن العقد في قانون الالتزامات والعقود المغربي يتم بمجرد وقوع القبول (المادة ٢٤) . وما دام الشخص الموجه إليه الايجاب قد أعلن عن قبوله قبل موت الموجب أو قبل فقد أهليته أو نقصها فإن العقد قد تم ، ولا يمكن تصور سقوط الايجاب بعد تمام العقد . وبدهي أنه في حالة وفاة الموجب ، يحل ورثته محله في الحقوق والتزامات .

المبحث الثالث

في القبول

٣٦ – **تعريف القبول** : القبول هو التعبير عن إرادة من وجه اليه الايجاب والذي بصدوره متطابقاً للايجاب تم معه عملية التعاقد بين الموجب (pollicitant) وبين القابل (acceptant) .

---

٣ كان يجب أن يذكر المشرع هنا فقد الأهلية إلى جانب نقصها .

٤ كان يجب أن يذكر المشرع هنا نقص الأهلية إلى جانب فقدها .

وبخلاف الايجاب الذي يمكن أن يوجه إلى شخص معين أو إلى أي شخص كان غير معين من الجمهور كما سبق بيانه ، فإن القبول يتصف دوماً بصفة فردية(il a un caractère individuel)، بحيث يجب أن يوجه إلى شخص الموجب بالذات .

٣٧ - **طرق التعبير عن القبول** : كنا أوضحنا ، في معرض البحث في كيفية التعبير عن الارادة ، أن التعبير لا يخضع لشكل معين وأنه يمكن أن يكون صريحاً كما يمكن أن يكون ضمنياً[٥] .

ويصلح ذلك على القبول كما يصلح على الايجاب .

على أنه لا بدّ لنا من بيان ملاحظتين :

الملاحظة الأولى : خلافاً للقاعدة التي تقضي بأنه لا يترتب على ساكت قول ، فإن القبول قد يتم استثناء بطريق السكوت في الحالة التي يتعلق فيها الايجاب بمعاملات سابقة بدأت فعلاً بين الطرفين (المادة ٢٥) ، أو في الحالة التي يكون تمحض فيها الايجاب لمصلحة من وجه إليه[٦] .

الملاحظة الثانية : إن شروع من وجه اليه الايجاب في تنفيذ العقد يقوم مقام القبول في الحالة التي تكون فيها طبيعة المعاملة تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول أو يكون العرف التجاري لا يقتضي مثل هذا الرد : فلو أدخل شخص مثلاً ابنه المريض إلى مستشفى وكلف طبيباً بإجراء عملية جراحية

---

٥ راجع نبذة رقم ٣٠ أعلاه .

٦ راجع نبذة رقم ٣١ أعلاه .

له ، فإن مجرد شروع الطبيب بالتحضير للعملية الجراحية يقوم مقام قبوله بالتكليف الذي وجه اليه . ولو أرسل تاجر فاتورة إلى المشتري تتضمن بنداً يوجب على هذا الأخير دفع الثمن في موطن البائع أو تحوي قيداً يحصر ضمن بضعة أيام حق المشتري في توجيه ما له من اعتراضات بشأن المبيع ، واستلم المشتري البضاعة وبدأ يتصرف فيها ، فإن تصرف المشتري بالبضاعة يعتبر قبولاً بما اشترطه البائع من حيث دفع الثمن في موطنه أو من حيث حصر حق المشتري في تقديم اعتراضاته خلال الأجل المحدد . وقد نصت على ذلك المادة **٢٥** فقالت : « عندما يكون الرد بالقبول غير مطلوب من الموجب أو عند ما لا يقتضيه العرف التجاري فإن العقد يتم بمجرد شروع الطرف الآخر في تنفيذه » .

٣٨ – **شروط القبول** : يشترط في القبول حتى ينعقد به العقد توافر شرطين :

الشرط الأول : يجب أن يصدر القبول في وقت يكون فيه الايجاب قائماً . فإذا كان الايجاب مقروناً بأجل صريح ، كما لو عرض تاجر على آخر بيعه بضاعة وأعلن أنه مرتبط بايجابه لمدة أسبوع ، أو كان الايجاب مقروناً بأجل ضمني كما لو تم بطريق المراسلة ، وجب أن يصدر القبول قبل انقضاء الأجل الصريح أو الضمني . وإذا كان الايجاب قد وجه لشخص حاضر ولم تحدد له مدة وجب أن يصدر القبول فوراً أو حسب التعبير الفقهي قبل انفضاض « مجلس العقد » . وقد سوى قانون الالتزامات والعقود في الحكم ، بين العقد الذي يتم بين حاضرين وبين التعاقد بطريق الهاتف (التلفون) حيث أوجب أيضاً أن يصدر القبول فوراً قبل انقطاع المكالمة الهاتفية . فالمادة **٢٣** من القانون المذكور بعد

تصريحها أن « الايجاب الموجه لشخص حاضر، من غير تحديد ميعاد ، يعتبر كأن لم يكن ، إذا لم يقبل على الفور من الطرف الأخر » ، أضافت بأن هـذا الحكم يسري أيضاً « على الايجاب المقدم من شخص لآخر بطريق التليفون » .

أما إذا كانت المدة المحددة للايجاب صراحة أو ضمناً قد انتهت ، أو كان مجلس العقد قد انفض ، أو كانت المكالمة الهاتفية قد انقطعت دون أن يصدر خلالها قبول ، أو كان الايجاب قد سقط بسبب من أسباب السقوط كموت الموجب أو فقد أهليته أو نقصها واتصال ذلك بعلم من وجه إليه الايجاب قبل أن يقبله ، فإن القبول الذي يأتي بعد ذلك لا يبرم به العقد ، بل يشكل ايجـاباً جديداً يستطيع من وجه اليه أن يقبله أو يرفضه .

الشرط الثاني : يجب أن يكون القبول مطابقاً للايجاب تمام المطابقة . أما إذا تضمن شروطاً غير تلك التي وردت في الايجاب أو اقترن بقيود أضافها من وجه إليه الايجاب ، فإن التعاقد لا يتم لأن القبول غير المطابق للايجاب يعتبر رفضاً له ويشكل إيجاباً جديداً . وهذا ما أوضحته المادة ٢٧ بقولها : « الرد المعلق على شرط أو المتضمن قيداً يعتبر بمثابة رفض للايجاب متضمناً إيجاباً جديداً » .

ولا نعني بمطابقة القبول للايجاب تطابق التعابير في صيغتها أو صورتـها تحت طائلة عدم الاعتداد بالقبول ، بل إنما نعني أن تكون الارادة المعبّر عنها بالقبول مطابقة لما تضمنته إرادة الموجب . وعليه فإن القبول يعتبر مطابقـاً للايجاب ، إذا ما أعلن من وجه إليه الايجاب أنه قابل به أو إذا ما بادر إلى تنفيذ العقد دون تحفظ . وقد وجد المشرع المغر بي أن يشير إلى ذلك صراحة فنص

في المادة ٢٨ على أن الرد « يعتبر مطابقاً للايجاب إذا اكتفى المجيب بقوله قبلت أو إذا نفذ العقد دون تحفظ » .

المبحث الرابع

في اقتران القبول بالايجاب

٣٩ – **مخطط البحث** : لا يكفي لتمام العقد أن يصدر إيجاب وقبول متطابقان ، بل يجب أن يقترن القبول بالايجاب . وتختلف صور اقتران القبول بالايجاب باختلاف طرق التعاقد .

فالتعاقد قد يكون بين طرفين حاضرين يضمهما مجلس واحد هو « مجلس العقد » . وقد يتم بالمراسلة . وقد يحصل بواسطة رسول أو وسيط يحمل الايجاب إلى من هو موجه إليه . وقد يجري بالهاتف (أي بالتليفون) . وكل طريقة من هذه الطرق لها أحكامها .

غير أنها جميعاً تخضع لبعض القواعد العامة .

فعلينا إذن أن نبين هذه القواعد العامة قبل أن نتناول بالبحث التعاقد بين حاضرين ، ثم التعـاقد بالمراسلة ، ثم بواسطة رسول أو وسيط ، ثم بالهاتف .

٤٠ – **قواعد عامة** : توجد قواعد عامة يجب تطبيقها على سائر العقود سواء تم التعاقد بين حاضرين أم تم بين غائبين وأياً كانت وسيلة المخاطبة التي استعملها الغائبون .

وهذه القواعد العامة التي حرص المشرع المغربي على التنبيه إليها هي القواعد التالية :

أولاً : يجب أن يشمل تراضي الطرفين العناصر الأساسية للعقد . ففي البيع مثلاً لا بُد أن يكون الايجاب والقبول قد تطابقا من حيث تعيين المبيع وتحديد الثمن وكذلك من حيث سائر ما يعتبره البائع والمشتري أساسياً لانجاز البيع ، كتعيين أجل دفع الثمن إذا كان البيع بأجل . أما إذا كان التراضي قد اقتصر على بعض العناصر الأساسية واهملت عناصر أساسية أُخرى لم يتناولها الايجاب والقبول ، كأن يقول أحد لآخر بعتك هذه الدار ويقبل الطرف الآخر الشراء ، دون أن يحدد الطرفان الثمن ، فإن العقد يعتبر غير تام ولا ملزم . وهذا ما أكدته الفقرة الأولى من المادة ١٩ بقولها : « لا يتم الاتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية » .

ثانياً : إذا أقدم المتعاقدان فور إبرامهما اتفاقاً ما ، على إجراء تعديلات على هذا الاتفاق كأن يكون تضمن العقد الذي أبرم بين البائع والمشتري اداء الثمن دفعة واحدة ، ثم اتفق الطرفان في نفس مجلس العقد على أن يؤدى الثمن أقساطاً ، فإن هذا الاتفاق لا يعتبر عقداً جديداً قائماً بذاته جاء معدلاً لعقد سابق ، بل إنما يعتبر جزءاً لا يتجزأ من العقد القديم ومن صلبه ، هذا ما لم يعلن الطرفان عكس ذلك . فالفقرة الثانية من المادة ١٩ نصت على أن « التعديلات التي يجريها الطرفان بارادتهما على الاتفاق فور إبرامه لا تعتبر عقداً جديداً ، وإنما

تعتبر جزءاً من الاتفاق القديم وذلك ما لم يصرح بخلافه »[٧] . فما لم يعلن الطرفان صراحة أن التعديلات التي أدخلاها على الاتفاق فور إبرامه تعتبر عقداً جديداً قائماً بذاته جاء معدلاً للعقد الأول ، فإن هذه التعديلات يجب اعتبارها جزءاً من العقد القديم وتشكل معه عقداً واحداً .

ثالثاً : إذا وقع تراضي الطرفين على بعض شروط العقد واحتفظ الطرفان صراحة بشروط أُخرى معينة لتكون مدار اتفاق لاحق فإن العقد لا يتم والشروط التي تم الاتفاق عليها تبقى نفسها مجردة من أي أثر قانوني ، حتى لو حرر الطرفان ما تم الاتفاق عليه كتابة . فإذا ما اتفق البائع والمشتري مثلاً على تعيين المبيع وتحديد الثمن ونظما عقداً خطياً بذلك ونصا فيه على أنهما يحتفظان لعقد لاحق الاتفاق على بيان زمان أداء الثمن ومكانه وبيان ما إذا كانت الثمار الموجودة في المبيع وقت العقد تبقى للبائع أم تؤول للمشتري ، فإن عقد البيع لا يعتبر قد تم بينهما ولا يلزمان حتى بالشروط التي اتفقا عليها . وبهذا المعنى قررت المادة ٢٠ ما يلي : « لا يكون العقد تاماً إذا احتفظ المتعاقدان صراحة بشروط معينة لكي تكون موضوعاً لاتفاق لاحق . وما وقع عليه الاتفاق من شرط أو شروط والحالة هذه لا يترتب عليه التزام ولو حررت مقدمات الاتفاق كتابة » .

رابعاً : العبرة في التراضي للارادة الظاهرة (Volonté externe) التي اطمأن إليها كل من الموجب والطرف الآخر الذي قبل الايجاب ، لا إلى الارادة الباطنة (volonté interne) الكامنة في النفس والتي ليس بالوسع

---

٧ يراجع بهذا الشأن نص المادة كما ورد في الأصل الفرنسي .

الاحاطة بها . وعليه فالتحفظات والقيود التي يحتفظ بها أحد المتعاقدين في قرارة نفسه والتي لا تتصل بعلم المتعاقد الآخر ، لا يعتد بها ولا تؤثر على ما تم عليه الاتفاق بمقتضى الارادة الظاهرة . فلو أن تاجراً مثلاً عرض على آخر بضاعة بثمن معين وقبل الطرف الآخر هذا الايجاب ، فليس باستطاعة الموجب أن يطالب بزيادة مئوية على الثمن معللاً طلبه الزيادة بأنه إنما كان محتفظاً في قرارة نفسه بالمطالبة بهذه الزيادة باسم عمولة . ولو أن شخصاً اشترى مؤسسة تجارية وقبل الشراء دون تحفظ أو قيد ، فليس له منع البائع من فتح مؤسسة شبيهة بالمؤسسة المبيعة تأسيساً على أن إرادته الباطنة كانت منصرفة إلى أن من حقه التمسك بهذا المنع . مثل هذه التحفظات التي بقيت سراً مكتوماً عن الطرف الآخر ليست بملزمة ولا يمكن الاحتجاج بها . وهذا ما أوضحته المادة ٢١ بقولها : « التحفظات والقيود التي لم تنه إلى علم الطرف الآخر لا تنقض ولا تقيد آثار التعبير عن الإرادة المستفاد من ظاهر اللفظ » .

٤١ – **التعاقد بين حاضرين** : إذا جرى التعاقد بين حاضرين ، يجب أن يصدر القبول في مجلس العقد .

والمقصود بمجلس العقد الفترة الزمنية التي تمتد بعد الايجاب والطرفان فيها مقبلان على التعاقد دون إعراض من أحدهما عنه . ويظل مجلس العقد بهذا المعنى قائماً طالما بقي الطرفان منشغلين بالتعاقد ، وينفض إذا انصرف الطرفان أو أحدهما أو إذا صرف أحدهما أو كليهما عن التعاقد شاغل آخر حتى لو ظل يجمعهما مكان واحد .

فإذا جمع المتعاقدين مجلس واحد ، يكون على من وجه إليه ايجاب غير

مقترن بميعاد للقبول ، أن يصدر قبوله قبل انفضاض المجلس أو الانصراف عنه ، وإلا حق للموجب أن يتحلل من إيجابه . وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المـادة ٢٣ إذ قالت : « الايجاب الموجه لشخص حاضر من غير تحديد ميعاد ، يعتبر كأن لم يكن ، إذا لم يقبل على الفور من الطرف الآخر » .

٤٢ – **التعاقد بين غائبين بالمراسلة** : (آ) التعاقد بين غائبين بالمراسلة هو الذي يتم بين متعاقدين لا يضمهما مجلس واحد ويجري بتبادل رسائل بـين الموجب من جهة والقابل من جهة ثانية ، كأن يرسل تاجر من فاس رسالة إلى تاجر في الرباط يعرض عليه فيها بيع بضاعة بشروط معينة ويجيب التاجر في الرباط برسالة يضمنها قبوله الشراء بالشروط المعروضة .

(ب) وهنا يطرح سؤالان :

السؤال الأول يتعلق بالزمان الذي تم فيه العقد .

والسؤال الثاني يتعلق بالمكان الذي يعتبر أن العقد قد انعقد فيه .

ففي المثال الذي سقناه أعلاه هل نعتبر العقد قد تم في الزمان الذي صدر فيه قبول من وجه اليه الايجاب ، أم أننا نعتبر أنه لم يتم إلا في الزمان الذي وصل فيه القبول إلى علم الموجب ؟

ثم هل نعتبر أن العقد قد انعقد في الرباط حيث صدر القبول أم نعتبر أنه انعقد في فاس حيث اتصل القبول بعلم الموجب ؟

(ج) ويترتب على تحديد زمان العقد ومكانه نتائج هامة :

فمعرفة زمان العقد يتوقف عليها تحديد مبدأ ترتب آثاره التي عقد من أجلها ، وكذلك تحديد القانون الواجب التطبيق عند تنازع القوانين الزماني : ففي البيع الواقع على منقول معين بالذات مثلاً تنقل ملكية المبيع إلى المشتري وتكون ثماره إليه من وقت صدور القبول إذا أخذنا بمذهب الاعلان . ويتأخر ترتب هـذه الآثار إلى وقت وصول القبول إلى علم الموجب إذا أخذنا بمذهب العلم بالقبول . ولو أن قانوناً صدر في الفترة ما بين إعلان القبول وبين وصوله إلى علم الموجب وعدل في أحكام البيع المقررة بمقتضى التشريع السابق ، فإن عقد البيع يخضع للتشريع القديم إذا ما اعتمدنا نظرية الاعلان ، بينما هو يخضع للقانون الجديد إذا ما أخذنا بنظرية العلم القبول .

ومعرفة مكان العقد تتوقف عليها معرفة القانون الذي يسوده عند تنـازع القوانين المكاني كما يتوقف عليها أحياناً تعيين المحكمة المختصة للنظر في النزاع الذي يقوم بشأنه : فلو أن عقداً أُبرم بين شخصين يقطن كل منهما بلداً يختلف تشريعه عن تشريع البلد الآخر ، وجب بمقتضى مبادئ القانون الدولي الخاص ، إخضاع هذا العقد من حيث شروط انعقاده وصحته ومن حيث آثاره إلى قانون البلد الذي تم إبرامه فيه . وعليه ، إذا ما اتبعنا (مذهب إعلان القبول) ، تعـين تطبيق قانون بلد من وجه إليه الايجاب . أما إذا اتبعنا مذهب الاعلام بالقبول ، فإنه يتعين تطبيق قانون بلد الموجب . وفي الحالات التي يجيز فيها قانون المسطرة المدنية إقامة الدعوى أمام محكمة مكان التعاقد ، كما في المنازعات المتعلقة بالتوريدات والاشغال والكراء والاستصناع والشغل[8] ، فان المحكمة المختصة

---

٨ راجع المادة ٢٤ من قانون المسطرة المدنية .

للنظر بالدعوى تكون محكمة المكان الذي صدر فيه القبول إذا اعتنقنا مذهب إعلان القبول وتصبح محكمة المكان الذي وصل فيه القبول إلى علم الموجب إذا اعتنقنا مذهب العلم بالقبول .

(د) وقد انقسمت القوانين في الاجابة على السؤالين المتعلقين بمعرفة زمان ومكان انعقاد العقد الذي يتم بالمراسلة .

فبعضها أخذ بالمذهب المعروف بمذهب « إعلان القبول » أو « «التصريح بالقبول » (Système de la déclaration)واعتبر أن العقد يتم في الزمان والمكان اللذين يعلن فيهما من وجه إليه الايجـاب عن قبوله . ومن القوانين التي اتبعت هذا المذهب القانوني التونسي[٩] والقانون السوري[١٠] ، وقانون الموجبات والعقود اللبناني[١١] ، والقانون السويسري[١٢] ، والقانون الألماني[١٣] .

وبعضها أخذ بالمذهب المعروف بمذهب « العلم بالقبول » (Systéme de l'information) واعتبر أن العقد لا يتم إلا في الزمان والمكان اللذين يصل فيهما القبول إلى علم الموجب . ومن القوانين التي اتبعت هذا المذهب القانون الاسباني[١٤] ، والقانون التجاري الايطالي[١٥] ، والقانون المصري[١٦] .

---

٩ راجع الماة ٢٨ من قانون الالتزامات والعقود التونسي .

١٠ راجع المادة ٩٨ من القانون المدني السوري .

١١ راجع المادة ١٨٤ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

١٢ راجع المادة ١٠ من قانون الالتزامات السويسري .

١٣ راجع المادة ١٥١ من القانون المدني الألماني .

١٤ راجع المادة ٢٦٢ من القانون المدني الاسباني .

١٥ راجع المادة ٣٦ من القانون التجاري الايطالي .

١٦ راجع المادة ٩١ من القانون المدني المصري .

وجدير بالذكر أن التقنين الفرنسي سكت عن هذا الموضوع . لذلك انقسم الفقه والاجتهاد في فرنسا بين المذهبين ، وإن كان الاجتهاد يميل أكثر فأكثر إلى ترجيح مذهب التصريح بالقبول الذي يكاد يسود اليوم في فرنسا .

(هـ) أما قانون الالتزامات والعقود المغربي فقد نهج نهج القانون التونسي من حيث الأخذ بنظرية التصريح بالقبول ، وقرر في المادة ٢٤ أن « العقد الحاصل بالمراسلة يكون تاماً في الوقت والمكان اللذين يرد فيهما من تلقى الايجاب بقبوله » .

ولكنه لا بد من لفت النظر إلى أن اعتبار العقد تاماً في الوقت الذي يرد فيه من تلقى الايجاب بقبوله يبقى معلقاً على شرط واقف، وهو وصول الرد بالقبول إلى الموجب قبل انصرام الوقت المناسب الذي يكفي عادةً لوصوله إليه (المادة ٣٠)، أو قبل انقضاء الأجل الذي يكون الموجب قد حدده للقبول (المادة ٢٩) . فإذا تحقق الشرط ووصل الرد بالقبول في الوقت المناسب أو داخل الأجل المحدد، قام العقد بصورة نهائية وأنتج آثاره مذ صدور القبول عن الموجب ؛ أما إذا تخلف الشرط ولم يصل الرد بالقبول إلا بعد فوات الوقت المناسب أو خارج الأجل المحدد فإن الموجب يتحلل من إيجابه ولا يستطيع القابل التمسك بهذا الايجاب لسقوطه[١٧] . وسقوط الايجاب يحول طبعاً دون قيام العقد على أن يبقى في هذه الحالة للقابل حق مقاضاة المسؤول عن التأخير ، بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء حرمانه الاستفادة من العقد .

---

١٧ راجع نبذة رقم ٣٥ أعلاه .

٤٣ - **التعاقد بين غائبين بواسطة رسول أو وسيط** : التعاقد بين غائبين بواسطة رسول أو وسيط يشبه التعاقد بين غائبين بالمراسلة شبهاً تاماً . فهنا يوجه الموجب رسالة يضمنها إيجابه ، وهناك يبعث برسول أو يكلف وسيطاً لينقل الايجاب إلى من هو موجه إليه . فطبيعي إذن أن تكون الأحكام واحدة في هاتين الطريقتين من التعاقد .

وعلى هذا بعد أن نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٤ على أن العقد الحاصل بالمراسلة « يتم في الوقت والمكان اللذين يرد فيهما من تلقى الايجاب بقبوله » أوضحت الفقرة الثانية منها أن العقد الحاصل بواسطة رسول أو وسيط « يتم في الوقت والمكان اللذين يقع فيهما رد من تلقى الايجاب للوسيط بأنه يقبله » . وعليه إذا رفضت المحكمة التصريح بصحة بيع بين غائبين مرتكزةً على عدم ثبوت توصل البائع شخصياً بالرد بالقبول خلال الأجل المحدد ، في حين أن البائع تقدم بايجابه بواسطة سمسار وأن هذا الأخير توصل بوصفه وسيطاً بقبول الايجاب قبل انصرام الأجل المحدد ، فإن حكمها يقع مخالفاً للقانون ومعرضاً للنقض[١٨] .

٤٤ - **التعاقد بالهاتف** : (آ) لقد اعتبر قانون الالتزامات والعقود التعاقد بالهاتف كالتعاقد بين حاضرين من حيث الزمان إذ هو بعد أن نص في الفقرة الأولى من المادة ٢٣ على أن « الايجاب الموجه لشخص حاضر ... يعتبر كأن لم يكن إذا لم يقبل على الفور من الطرف الآخر » ، قرر في الفقرة الثانية

---

١٨ المجلس الأعلى ، الحكم المدني عدد ٣١٦ تاريخ ٢٥ يونية ١٩٦٩، مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد الثامن ماي ١٩٦٩ صفحة ٤٩ ، ومجلة القضاء والقانون العدد ١٠٢ اكتوبر ١٩٦٩ صفحة ٤٩ .

من المادة نفسها وجوب سريان هذا الحكم « على الايجاب المقدم من شخص إلى آخر بطريق التليفون » : ذلك أن المتعاقدين بالهاتف ، وإن كان لا يضمهما مجلس واحد ، وكان كل منهما بعيداً عن الآخر ، إلا أن الحوار المتبادل بينهما يجري بصورة آنية ودون ما فاصل زمني . فباستطاعة الطرفين والحالة هـذه ، التأكد في برهة واحدة من تلاقي إرادتهما ومن اقتران قبول أحدهما بايجاب الآخر . وعليه كان من الطبيعي أن يسوى في الحكم بين العقد المعقود بالهاتف والعقد المعقود بين أشخاص حاضرين ، من حيث زمان الانعقاد، وأن يعتبر تبعاً لذلك أن العقد بالهاتف قد تم في الوقت الذي جرت فيه المخاطبة الهاتفية .

وهذا الرأي ، الذي أخذ به المشرع المغربي ، هو المعول عليه في فرنسا بدون نص[١٩] ، وهو الذي أخذت به التشريعات العربية الحديثة كالقانون المدني المصري[٢٠] ، والقانون المدني السوري[٢١] ، وقانون الموجبات والعقود اللبناني[٢٢] .

(ب) أما من حيث مكان انعقاد العقد بالهاتف فإن المشرع المغربي قد التزم السكوت شأنه في ذلك شأن المشرع المصري والمشرع السوري اللذين اختارا ، هما أيضاً ، أن لا يعرضا للموضوع بنص صريح[٢٣] .

---

١٩ جوسران الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٣ نبذة ٥٤ صفحة ٣١ .

٢٠ راجع المادة ٩٤ من القانون المدني المصري .

٢١ راجع المادة ٩٥ من القانون المدني السوري .

٢٢ راجع المادة ١٨٥ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

٢٣ هذا بخلاف الوضع في التشريع اللبناني حيث نصت الفقرة الثانية من الماددة ١٨٥ على أن العقد بالهاتف « يعين محل انشائه إما بمشيئة المتعاقدين وإما بواسطة القاضي وبحسب أحوال القضية » .

وفي الواقع ، لما كان المتعاقدان بالهاتف يختلف مكان أحدهما عن الآخر ، فان وضعهما وضع متعـاقدين غائبين لا وضع متعاقدين حاضرين في مجلس واحد . لذا فان الفقه في فرنسا يميل إلى اعتبار التعاقد بالهاتف بحكم التعاقد بين غائبين من حيث تحديد مكان العقد[٢٤] .

وانطلاقاً من هذا الاعتبار الحري بالتأييد ، وتأسيساً على أن المشرع المغربي أقر مذهب انعقاد العقد بين الغائبين بمجرد إعلان القبول ، فإنه يتعين القول بأن العقد بالهاتف يعتبر منعقداً في مكان القابل .

المبحث الخامس

في عيوب الرضى

٤٥ – **التمييز بين فقدان الرضى وبين الرضى المعيب** : لا بد في مستهل بحثنا في عيوب الرضى من التمييز بين الحالة التي يكون فيها الرضى مفقوداً وبين الحالة التي يكون فيها الرضى موجوداً ولكنه معيب غير سليم .

ففي الحالة الأولى كما لو كان المتعاقد صبياً غير مميز مثلاً ، ينتفي وجود الرضى ويفقد العقد ركناً من أركان انعقاده وهو الأهلية ، فيقع باطلاً (nul) .

أما في الحالة الثانية فالرضى يوجد ، ولكن إرادة أحـد المتعاقدين لم تكن حرة سليمة ولم تصدر عن بينة واختيار . لذا فالعقد استجمع أركانه وتم انعقاده ولكنه لا يلزم من عيبت إرادته فهو عقد قابل للابطال (annulable) .

---

٢٤ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة ٥٤ صفحة ٣١ .

وبحثنا هنا قاصر على الحالة الثانية أي على الحالة التي يكون فيها العقد مستجمعاً شرائط انعقاده ولكن إرادة أحد المتعاقدين يشوبها عيب من عيوب الرضى*[٢٥] .

٤٦ – **تعداد عيوب الرضى وترتيبها** : عيوب الرضى هي تقليدياً الغلط والتدليس والاكراه والغبن .

وقد أضاف المشرع المغربي إلى هذه العيوب الأربعة عيباً خامساً استمده من « حالة المرض والحالات الأخرى المشابهة » .

وفي المواد ٣٩ حتى ٥٦ التي خصها القانون لعيوب الرضى ، بحث المشرع هذه العيوب مرتبة على النحو التالي : الغلط ، فالاكراه ، فالتدليس ، فحالة المرض والحالات الأخرى المشابهة ، فالغبن .

ونحن نرى تعديل هذا الترتيب في بحثنا بحيث نقدم التدليس على الاكراه، ونقدم الغبن على حالة المرض والحالات الأخرى المشابهة : فتقديم التدليس على الاكراه مرده المصلحة في عرض احكام التدليس مباشرة بعد الغلط نظراً للشبه بين هذين العيبين القائمين كليهما على فكرة الوهم المتولد في ذهن من تعاقد تحت وطأتهما . وتقديم الغبن على حالة المرض والحالات الأخرى المشابهة مبعثه الرغبة في وصل بحث الغبن ببحث الغلط والتدليس والاكراه لكون هذه العيوب الأربعة تشكل عيوب الرضى التقليدية ، فضلاً عن أن العيب الناجم عن حالة المرض

---

٢٥ قد يكون العقد قابلاً للإبطال إذا عقده ناقص الأهلية كصبي مميز أو محجور عليه لسفه . ففي هذه الحالة نفضل عدم اعتبار ذلك من متعلقات عيوب الرضى بل من متعلقات شرط الأهلية .

والحالات الأُخرى المشابهة يقودنا إلى التطرق لنظرية الغبن الاستغلالي التي يحسن الكلام فيها بعد عرض نظرية الغبن العادي .

وعليه فاننا سنبحث عيوب الرضى في خمسة مطالب مرتبة كما يلي :

المطلب الأول : الغلط .

المطلب الثاني : التدليس .

المطلب الثالث : الاكراه .

المطلب الرابع : الغبن .

المطلب الخامس : حالة المرض والحالات الأُخرى المشابهة .

المطلب الأول

في الغلط

٤٧ – **تعريف وإيضاح** : الغلط هو توهم يصور لشخص الواقع على خلاف حقيقته ويدفعه إلى التعاقد . فالمتعاقد تحت وطأة الغلط يقوم إذن لديه تصور كاذب للواقع يحمله على إبرام عقد ما كان ليبرمه لو وقف على حقيقة الأمر . وهكذا يصيب الغلط الارادة عند إبرام التصرف فيسيرها وجهة تخالف الواقع الذي تخيله المتعاقد على غير حقيقته كأن يشتري شخص لوحة يظنها أثرية وإذا بها ليست كذلك ، أو يهب مالاً لشخص يعتقد أنه قريبه وإذا بالموهوب له شخص غريب لا يمت اليه بصلة القرابة .

وقد ظفر الغلط في التقنين المغربي بتنظيم وافٍ إذ خصه المشرع بست مواد

هي المواد ٤٠ حتى ٤٥ حيث عرض لحالة الغلط في القانون ، ثم لحالات الغلط في الواقع (وهي : حالة الغلط في الشيء وحالة الغلط في شخص المتعاقد وحالة الغلط في الحساب) ، ثم أخيراً لحالة الغلط الذي يقع من الوسيط .

ونحن سنبحث في مختلف هذه الحالات .

ولكننا نرى قبل ذلك بيان مختلف أنواع الغلط بحسب الآثار التي تترتب على كل نوع منها وتمييز الغلط المسبب للإبطال ، وهو النوع الذي يهمنا ، عن الغلط المانع الذي يهدم الرضى من أساسه ويمنع انعقاد العقد من جهة ، ثم عن الغلط غير المنتج في تعييب الارادة الذي لا يؤثر في صحة العقد من جهة ثانية .

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى مقطعين نتناول في الأول منهما مختلف أنواع الغلط من حيث الآثار المترتبة عليه ، ونتناول في الثاني مختلف حالات الغلط التي عرض لها قانون الالتزامات والعقود متبعين في ذلك الترتيب نفسه الذي سار عليه المشرع .

وبذلك فإن المطلب الأول من مطالب عيوب الرضى المتعلق بالغلط سيشتمل على المقطعين التاليين :

المقطع الأول : مختلف أنواع الغلط بحسب الآثار المترتبة عليه .

المقطع الثاني : مختلف حالات الغلط التي عرض لها المشرع المغربي .

المقطع الأول

مختلف أنواع الغلط بحسب الآثار المترتبة عليه

٤٨ – الغلط بحسب الآثار التي تترتب عليه على ثلاثة أنواع : غلط مانع يعدم الإرادة ويمنع انعقاد العقد أصلاً ، وغلط مسبب للإبطال يعيب الإرادة ليس إلا ويجعل العقد قابلاً للإبطال ، وغلط غير منتج في تعييب الإرادة ولا يؤبه له من حيث صحة العقد .

٤٩ – (آ) **الغلط المانع** : الغلط قد ينتفي معه الرضى من أساسه ويمنع انعقاد العقد . وهذا النوع من الغلط الذي اصطلح الفقهاء على تسميته بالغلط المانع (erreur obstacle) يرد في الحالات التالية :

أولاً – إذا وقع الغلط في ماهية العقد كأن تنصرف نية شخص إلى التعاقد على شراء مال بينما المتعاقد الآخر يعتقد أن العملية عملية كراء ليس إلا ، أو كأن يقدم شخص لآخر مبلغاً من النقود يريد به القرض فيظن الآخر أن المبلغ مقدم اليه على سبيل الهبة .

ثانياً – إذا تعلق الغلط بوجود المحل المتعاقد عليه أو في ذاتيته كأن يقع البيع على شيء يعتقده البائع موجوداً بينما هو هالك حيث ينصب الغلط على وجود المحل ، أو كأن يبيع شخص داراً معينة فيعتقد المشتري أنه إنما يشتري داراً غيرها حيث يقع الغلط في ذاتية المحل .

ثالثاً – إذا وقع الغلط في سبب الالتزام كأن يتعهد الوارث بتسليم شيء

موصى به إلى الموصى له تنفيذاً لوصية ، ثم يتبين أن الوصية ملغـاة بوصيـة لاحقـة .

فهذه الحالات من الغلط خارجة عن موضوع عيوب الرضى الذي نحن بصدده لأنها تنفي الرضى من أساسه ولا تعيبه عيباً فقط .

ولقد كان موقف المشرع المغربي سليماً عندما تحاشى ، وهو يبحث في الغلط كعيب من عيوب الرضى ، ذكر الغلط الواقع في ماهية العقد أو في وجود المحل المتعاقد عليه أو في سبب الالتزام .

ولكن موقفه لم يكن كذلك عندما أقدم في المادة ٤١ على حشر الغلط الواقع على ذاتية الشيء مع أنواع الغلط الأُخرى التي تعيب الرضى ، إذ أن مثل هذا الغلط هو من قبيل الغلط المانع الذي ينتفي معه الرضى ويمنع انعقاد العقد .

ولعل المشرع قصد بالغلط الواقع على « ذاتية الشيء » الغلط الواقع عـلى « مادته » . ونحن نرى في كل حال تفسير العبارة على هذا النحو حتى نبقى ضمن حالات الغلط التي تعيب الرضى ولا تنفيه من أساسه ما دامت المادة ٤١ وردت في البحث الذي خصه المشرع لعيوب الرضى .

ومن المفيد لفت النظر إلى أن القضاء في المغرب قد أيّد ما ذهبنا إليه من حيث وجوب تفسير عبارة الغلط في « ذاتية الشيء » تفسيراً يجعلها تفيد الغلط في « مادته » إذ هو قرر اعتبار الغلط في ذاتية الشيء من قبيل الغلط المانع من انعقاد العقد ، في حين أنه اعتد في الغلط الواقع في مادة الشيء كسبب لإبطال العقد : فقد ورد في قرار لمحكمة الاستئناف في الرباط « أن الغلط في الشيء يعدم

العقد ، وهو كذلك لما يعتقد المشتري أنه سيحصل على قطعة معينة من أرض ، بينما يقصد البائع قطعة أخرى »[٣٦] . وورد في قرار للمحكمة الابتدائية في الدار البيضاء « أنه من المسلم به فقهاً وقضاءً ، أن الغلط في القانون كالغلط في الواقع يعتبر عيباً يشوب الارادة ، متى وقع على مادة الشيء ذاتها محل العقد »[٣٧] .

٥٠ – (ب) **الغلط المسبب للإبطال** : قد يعيب الغلط الارادة ليس إلا ويجعل العقد قابلاً للإبطال . ولذا سمي هذا النوع من الغلط بالغلط المسبب للإبطال (erreur cause d'annulabilité) . ويكون الغلط كذلك في الحالات التالية :

أولاً – حالة الغلط في القانون .

ثانياً – حالة الغلط في مادة الشيء المتعاقد عليه أو في نوعه أو في صفةٍ جوهرية فيه .

ثالثاً – حالة الغلط في ذات أحد المتعاقدين أو في صفة جوهرية فيه عندما تكون هذه الذات أو هذه الصفة محل اعتبار خاص .

وهذا النوع من الغلط هو الذي يشكل موضوع بحثنا .

---

٢٦ محكمة الاستئناف في الرباط ، قرار صادر في ٢٨ نوفمبر ١٩٢٢ ، مجموعة قرارات محكمة الاستئناف في الرباط لسنة ١٩٢٣ / ١٩٢٤ .

٢٧ المحكمة الابتدائية في الرباط ، حكم صادر في ١٩ فبراير ١٩٣٠ ، مجلة المحاكم المغربية العدد ٤٠٥ لسنة ١٩٣٠ – ١٩٣١ صفحة ١٩٦٥ .

٥١ – (ج) الغلط غير المنتج أو غير المجدي : إلى جانب الغلط المانع الذي يهدم الرضى والغلط المسبب للإبطال الذي يعيب الارادة ليس إلا ، يوجد نوع من الغلط لا يعتد به كعيب للرضى ولا يمس صحة العقد . وقد اصطلح الفقه على تسمية هذا النوع من الغلط بالغلط غير المنتج أو غير المجدي في تعييب الرضى (erreur indifferente) .

ويكون الغلط كذلك في الحالات التالية :

أولاً : إذا تناول صفة غير جوهرية أي صفة ثانوية أو عرضية في الشيء المتعاقد عليه . فإذا ما اشتريت مثلاً منقولاً أثرياً من صنع فنان مشهور وتبين لي بعد ذلك أن هذا المنقول مصنوع من خشب الصنوبر بدل أن يكون مصنوعاً من خشب السنديان كما كنت أعتقد ، فلا يؤثر الغلط الذي وقعت فيه ، من حيث نوعية الخشب ، على صحة العقد ، ما دام أن المنقول له الصفة الأثرية وأنه من صنع الفنان المشهور الذي كنت أحرص على أن يكون من صنعه . وقد أيد القضاء في المغرب وجوب عدم الاعتداد بالغلط إذا وقع على صفة غير جوهرية في الشيء ، إذ هو ، في معرض تعليل رد طلب إبطال بيع عقاري لغلط وقع فيه المشتري من حيث غلة المبيع التي ظهرت له أنها أقل مما كان يتوقع ، قد أكد ، في حيثيات قراره ، أن مثل هذا الغلط لا يتعلق بصفة جوهرية في المبيع وأن الغلط في صفة جوهرية هو الذي يبرر وحده الإبطال[٢٨] .

---

٢٨ محكمة استئناف الرباط قرار رقم ٥٥٩٦ تاريخ ٢٩ – ١ – ١٩٦٤ ، مجموعة قرارات محاكم الاستئناف في المغرب العدد رقم ١٧٣ – ١٧٤ الصادر في يناير – يونيو ١٩٦٤ صفحة ٣٨٨ .

ثانياً : إذا تناول الغلط شخص العاقد أو صفته في الحالة التي لا تكون فيها شخصيته أو صفته محل اعتبار في التعاقد كما يحصل عادةً في أكثر العقود بعوض . فإذا ما بعت مثلاً داري لشخص ظننته زيداً وإذا به عمرواً ، أو بعته لشخص ظننته طبيباً وإذا به مهندساً وكان يستوي عندي أن أبيعه ممن اشترى فعلاً أو من غيره ، فإن الغلط الذي وقعت فيه لا يعيب البيع ولا يمس صحته .

ويعود طبعاً للقضاء ، في ضوء ظروف كل قضية على حدة ، تقدير الدور الذي لعبته شخصية المتعاقد أو صفته في التعاقد ، حتى إذا ظهر أن هذا الدور كان ثانوياً وغير جوهري ، اعتبر الغلط الواقع على شخص العاقد أو صفته غلطاً غير منتج وبالتالي غير مؤثر في صحة العقد[٢٩] .

ثالثاً : إذا تناول الغلط قيمة الشيء . فإذا ما باع شخص شيئاً قيماً بثمن زهيد لأنه يجهل قيمته ، فإن مثل هذا الغلط الواقع على قيمة الشيء لا يؤثر في صحة العقد ولا يمكن أن يكون سبباً لإبطاله ما لم يرافقه غلط في صفة جوهرية في الشيء[٣٠] ، أو ما لم يصل التفاوت حد الغبن حيث يجوز عندها إبطال العقد إذا كان الغبن قد رافقه التدليس أو كان الطرف المغبون قاصراً أو ناقص الأهلية (المادة ٥٥ والمادة ٥٦ من قانون الالتزامات والعقود) . وقد أيّد القضاء المغربي مبدأ عدم الاعتداد بالغلط الواقع على قيمة الشيء إذ هو رد طلب إبطال بيع

---

٢٩ كولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٣٨ صفحة ٣٤ – وجوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٧٦ صفحة ٣٩ و ٤٠ .

٣٠ وعندها يبطل العقد لا للغلط في القيمة ، بل للغلط في صفةٍ جوهرية في الشيء .

عقاري لغلط في قيمة العقار من حيث أن غلته الستوية أقل في الواقع مما كان يعتقده المشتري ، وعلل قرار الرد بقوله إن الغلط المتعلق بقيمة الشيء لا يشكل سبباً لإبطال البيع[٣١] .

رابعاً – إذا تناول الغلط مجرد البواعث التي حملت المتعاقد على التعاقد . فالغلط في البواعث يسبق العقد ويتعلق بأمور شخصية محضة ومجهولة على الأغلب من المتعاقد الآخر . لذا كان من الطبيعي أن لا يتأثر العقد بمثل هذا النوع من الغلط[٣٢] . فإذا ما اشترى شخص سيارة اعتقاداً منه أن سيارته قد تحطمت في حادث ، ثم ظهر أنه كان مخطئاً في اعتقاده وأن سيارته سليمة لم تصب بأذى ، فالغلط الذي وقع فيه المشتري لا يؤثر على العقد ولا يشكل سبباً للإبطال . وكذلك لو أن شخصاً وهب مبلغاً من المال لآخر ظناً منه أن صفقة أجراها قد درت عليه أرباح طائلة ، فإنه لا يستطيع الطعن في الهبة إذا تبين له فيما بعد أنه كان واهماً في تقدير هذه الأرباح[٣٣] .

خامساً – إذا كان الغلط غلطاً مادياً صرفاً كما في حالة الغلط في

---

٣١ محكمة استئناف الرباط قرار رقم ٥٥٩٦ تاريخ ٢٩ – ١ – ١٩٦٤ مجموعة قرارات المحاكم الاستئنافية في المغرب العدد رقم ١٧٣ – ١٧٤ الصادر في يناير – يونيو ١٩٦٤ صفحة ٣٨٨ .

٣٢ كولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة ٤٠ صفحة ٣٧ و ٣٨ – جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة ٦٥ صفحة ٣٥ .

٣٣ يجب لفت النظر إلى أن المتعاقد ، إذا ما أعلن في العقد عن الباعث الذي حمله على التعاقد بحيث أضحى هذا الباعث بمثابة شرط في العقد ، فإن الغلط الذي يتناول الباعث على التعاقد يعتبر في هذه الحالة غلطاً في السبب ، والغلط في السبب هو من نوع الغلط المانع الذي يترتب عليه بطلان العقد .

الحساب . فمثل هذا الغلط لا يؤثر على صحة العقد الذي تسرب إليه وإنما يصحح الغلط على ما أوضحته المادة ٤٣ من قانون الالتزامات والعقود وعلى ما سنبينه عند بحثنا حالة الغلط في الحساب[٣٤] .

المقطع الثاني

مختلف حالات الغلط التي عرض لها المشرع المغربي

٥٢ – **أولاً : حالة الغلط في القانون** : نصت المادة ٤٠ من قانون الالتزامات والعقود على « أن الغلط في القانون يخول إبطال الالتزام » .

وقد ظن البعض أن قاعدة إبطال الالتزام لغلط في القانون تتعارض مع القاعدة القائلة بأن « أحداً لا يفترض فيه أنه يجهل القانون » . لذلك فهم ارتأوا وجوب التفريق بين النصوص القانونية الآمرة (textes impératifs) وبين النصوص القانونية المتممة (textes supplétifs) : فالنصوص القانونية الآمرة تتعلق بالنظام العام ولا يجوز طلب الإبطال لغلط فيها . أما النصوص القانونية المتممة فهي إنما وردت على سبيل التوجيه والايضاح ولا مساس لها بالنظام العام فيصح طلب الإبطال لغلط يتناول نصاً منها .

ولكننا لا نرى هذا الرأي لأن القاعدة التي تقضي بأن « أحداً لا يفترض فيه أنه يجهل القانون » إنما يقصد منها أن أحداً لا يستطيع التهرب من تطبيق القانون عليه بحجة جهله وجود هذا القانون أو بحجة جهله أحكامه . أما الإبطال لغلط في القانون فليس فيه أي معنى لاستبعاد تطبيق القانون والتهرب من أحكامه ،

٣٤ راجع نبذة ٦١ أدناه .

وإنما يهدف إلى التحلل من عقد أُبرم في ظروف جعلت أحد المتعاقدين يعتقد الواقع القانوني خلاف ما هو عليه فيتعاقد على أساس هذا الواقع الخاطئ وتعاب إرادته .

ومن أمثلة الغلط في القانون الذي يجعل الإرادة معيبة أن يتنازل وارث ذكر عن حصته في التركة مقابل مبلغ معين معتقداً أنه يرث ثلث التركة وأن لشقيقتيه الثلثين الآخرين ثم يتبين له أنه بحسب القواعد الشرعية إنما يرث نصفها . ومن الأمثلة أيضاً المثال التالي الذي ساقه الاستاذان كولان وكابيتان : شخص قاصر عمره ستة عشر عاماً قد توفي بعد أن نظم وصيته . فقمت بوصفي وريثاً له بدفع ما أوصى به في وصيته من تبرعات للغير وأنا أجهل أن القاصر الذي يبلغ السادسة عشرة من عمره لا تصح وصيته[٣٥] . ومن الأمثلة كذلك على الغلط في القانون ، في بعض التشريعات ، إقدام مدين على أداء دين طبيعي لا جبر في تنفيذه لسقوطه بالتقادم ، وهو يحسب خطأً أنه مجبر على الوفاء به[٣٦] .

ففي مثل هذه الحالات من الغلط في القانون يصح لمن وقع في الغلط الادعاء بأن رضاه كان معيباً والطعن بالتصرف الذي صدر عنه نتيجة هذا الغلط والمطالبة بإبطاله .

---

٣٥ كولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة ٣٢ صفحة ٣١ .

٣٦ من هذه التشريعات قانون الموجبات والعقود اللبناني (المادة ٢٠٤) . ويلاحظ أن الفقه الفرنسي يؤيد نفس الاتجاه . أما المشرع المغربي فقد أوجب عدم الاعتداد بالغلط في هذه الحالة (المادة ٧٣) .

إنما لا بدّ لتقرير الإبطال من توافر الشروط الآتي بيانها :

٥٣ – **شروط الإبطال للغلط في القانون** : من الرجوع إلى المادة ٤٠ من قانون الالتزامات والعقود يتبين أنه يجب لإبطال الالتزام لغلط في القانون توفر شرطين : الشرط الأول أن يكون الغلط هو السبب الوحيد أو الاساسي الذي حمل على التعاقد ، والشرط الثاني أن يكون الغلط مما يمكن العذر عنه . يضاف إلى هذين الشرطين شرط ثالث هو أن لا يوجد ثمة نص قانوني يمنع الطعن بسبب الغلط في القانون في حالة معينة .

٥٤ – **الشرط الأول** : يجب أن يكون الغلط هو السبب الوحيد أو على الأقل هو السبب الأساسي الذي دفع إلى التعاقد ، بمعنى أن المتعاقد لو تكشف له الغلط لامتنع عن إبرام العقد . ففي مثال الوريث المتنازل عن حصته بالتركة الذي سقناه أعلاه ، يعتد بالغلط إذا ثبت أن الوريث المذ كور لم يقدم على التنازل إلا لاعتقاده الجازم أن حقه محصور بثلث التركة ليس إلا وأنه لو عرف بأن حصته تبلغ النصف لامتنع عن إبرام التنازل . أما لو أنه تنازل عن حصته في التركة لكون أكثر المدينين فيها معسرين ، ولكون بعض الأشخاص يدعون اكتساب حقوق عينية على بعض العقارات التي خلفها المورث أو يعارضون في ملكية المورث للبعض الآخر ، وكون ملاحقة المدينين أو متابعة الدعاوى المقامة تتطلب نفقات باهظة إلى جانب إضاعة الوقت ، بحيث يجد الوريث أن من مصلحته التنازل عن حصته في التركة أياً كان قدرها بأي ثمن يعرض عليه ، فعندها لا يستطيع الطعن في التنازل رغم وجود الغلط في تقدير الحصة المتنازل عنها ، لأن هذا الغلط لم يكن هو السبب الوحيد أو السبب الأساسي

الذي دفعه إلى التنازل ، بل إن ثمة أسباباً جوهرية أُخرى هي التي حملته على ذلك .

٥٥ – **الشرط الثاني** : يجب أن يكون الغلط مما يعذر عنه كأن يكون المتنازل عن حصته الارثية في المثال الذي سقناه ، شخصاً أُمّياً بلغ من السن عتياً ولا يفقه من أُمور الدنيا شيئاً . أما لو كان المتنازل عن حصته الارثية رجلاً من رجال القضاء أو المحاماة ، وأقدم على ما أقدم عليه وهو تحت تأثير الغلط في تقدير حصته الارثية ، فلا يمكن الاعتداد بغلطه ، لأن هذا الغلط ليس مما يمكن لمثله العذر عنه . وتطبيقاً لهذا الشرط قرر القضاء في المغرب أن الغلط « إذا انصب على وضعية قانونية يمكن التعرف عليها بالاطلاع على الرسوم العقارية بالمحافظة وعلى نصوص القانون العقاري كان غلطاً قانونياً من شأنه أن لا يؤثر على صحة البيع »[٣٧] .

٥٦ – **الشرط الثالث** : يجب حتى يكون الغلط في القانون مسوغاً إبطال العقد ، أن لا يوجد ثمة نص قانوني يحول دون الإبطال في حالة معينة ، إذ عندها ، يمتنع الاعتداد بالغلط والطعن بالتصرف على أساسه . مثال ذلك ما ورد عليه النص في المادة ٧٣ وفي المادة ١١١٢ من قانون الالتزامات والعقود المغربي .

(آ) فبمقتضى المادة ٧٣ ، إذا قام شخص متمتعاً بأهلية التصرف على

---

٣٧ المجلس الأعلى (الغرفة المدنية) الحكم عدد ١٨٢ تاريخ ٢٠ ماي ١٩٦٧ مجلة القضاء والقانون العدد رقم ٨٨/٨٩ صفحة ٤٠٧ .

سبيل التبرع بدفع مبلغ من المال تنفيذاً لالتزام معنوي أو سداداً لدين سقط بالتقادم ، وهو يعتقد عن غلط أنه ملزم بالدفع أو وهو يجهل واقعة التقادم ، فإنه يمتنع عليه التمسك بالغلط في القانون لإبطال التصرف الذي أجراه واسترداد ما دفع[٣٨] .

فهكذا مثلاً من السائد تشريعاً في بعض البلاد[٣٩] ، واجتهاداً في بلاد أخرى[٤٠] ، أن حق المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن موت المصاب ، محصور بالأقارب والأصهار الذين يثبت أن موت من تربطهم به صلة القرابة أو المصاهرة قد أورث لهم ألماً في النفس وأذىً في عواطفهم وشعورهم . فلو أن المسؤول عن الحادث الذي أدى إلى موت المصاب ، دفع على سبيل التعويض المعنوي مبلغاً من المال لشخص لا يدخل في نطاق من يحق لهم المطالبة

---

٣٨ هذا بخلاف ما يسير عليه الفقه الفرنسي الذي يجيز الطعن لغلط في القانون ، في السند الذي يحرره شخص لدائن وهو يحسب أنه ملتزم إزاءه بدين مدني يجبر على الوفاء به في حين أن الدين دين طبيعي لا جبر في تنفيذه لسقوطه بالتقادم مثلاً (جوسران ، الحقوق المدنية ، الجزء ٢ نبذة ٦٣ صفحة ٣٤) . — تراجع أيضاً المادة ٢٠٤ من قانون الموجبات والعقود اللبناني وبمقتضاها « يعد الرضى متعيباً والعقد قابلاً للإبطال ... إذا كان الغلط تناول فعالية الموجب (كإنشاء عهد من أجل موجب سابق كان يظن أنه مدني مع أنه كان طبيعياً فقط) » .

٣٩ كما في التشريع المصري والتشريع السوري (راجع المادة ٢٢٢ من القانون المدني المصري والمادة ٢٢٣ من القانون المدني السوري) .

٤٠ كما في فرنسا (راجع نقض فرنسي – الغرفة الجنائية – قرار ١٥ ديسمبر ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٤ – ١ – ٦٩ ؛ محكمة استئناف إكس قرار ٦ مايو ١٨٧٢ دالوز ١٩٧٣ – ٢ – ٥٧ ؛ ونقض فرنسي قرار ٢ فبراير ١٩٣١ دالوز ١٩٣١ – ١ – ٣٨.

بمثل هذا التعويض ، ظناً منه أنه ملزم بذلك ، فإنه لا يصح له الاستناد إلى الغلط في القانون الذي وقع فيه لإبطال تصرفه واسترداد ما دفع .

وهكذا أيضاً لو أوفى مدين لدائنه ديناً سقط بالتقادم ، وهو يجهل أن مثل هذا الدين أضحى ديناً طبيعياً لا جبر في تنفيذه ، وأنه بالتالي غير ملزم قانوناً بأدائه ، فإنه لا يستطيع التذرع بالغلط في القانون الذي حمله على الوفاء بدينه للمطالبة بإبطال هذا الوفاء مع ما يستتبع ذلك من استرداد ما كان أداه لدائنه .

(ب) وبمقتضى المادة ١١١٢ « لا يمكن الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون »[٤١] . ومناعة عقد الصلح من هذا القبيل لها ما يبررها : فالصلح يهدف حسم النزاع بين المتصالحين ويقوم على أساس تنازل كل واحد منهما عن جانب من الحق الذي يدعيه ، ثم هو عادة يبرم بعد أن يكون كل من الطرفين قد محص ما معه وما عليه من حجج قانونية وواقعية بحيث لم يتصالح إلا وهو على بينة من الأمر . فليس من المصلحة في شيء فتح باب الطعن في الصلح لغلط في القانون وبعث النزاع من جديد . لذلك نقض المجلس الأعلى قراراً صدر عن محكمة الموضوع لكونه قضى ببطلان صلح لغلط في القانون وبرر النقض بقوله « إن العقد الذي يجعل حداً للنزاع بتخلي كل طرف عن بعض مزاعمه لفائدة الطرف الآخر لا يمكن اعتباره عقداً مصححاً لعقد آخر وبالتالي

---

٤١ أكثر التقنينات تستثني عقد الصلح من قابلية الطعن لغلط في القانون : تراجع المادة ٥٢٤ من القانون المدني السوري ، والمادة ٥٥٦ من القانون المدني المصري والمادة ١٠٤٨ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

لا يمكن الحكم ببطلانه كبطلان العقد الأصلي من أجل الغلط ... إلا إذا أزيلت عنه صفة الصلح ... »[٤٢] .

٥٧ - **ثانياً : حالة الغلط في الشيء :** نصت المادة ١١١٠ من القانون المدني الفرنسي على أن الغلط يكون سبباً للإبطال إذا وقع في مادة الشيء (substance de la chose) ، كأن يشتري شخص خاتماً يظنه من ذهب خالص ثم يظهر أنه من نحاس مطلي بالذهب .

وقد فسر الفقه الفرنسي في باديء الأمر نص المادة ١١١٠ تفسيراً حرفياً بحيث لم يقبل الاعتداد بالغلط إلا إذا وقع في المادة التي يتكون منها الشيء . ويقصد بالمادة التي يتكون منها الشيء ، مجموعة الخصائص الطبيعية التي تدخله في جنس معين وتجعله متميزاً عن غيره من الأجناس . فإذا ما اشترى شخص خاتماً ظنه من البلاتين ثم تبين له أن هذا الخاتم هو من الفضة أو من النحاس ، كان الغلط الذي وقع فيه غلطاً في مادة الشيء وجاز له الطعن في البيع . أما إذا وقع الغلط في صفة جوهرية في الشيء كأن يشتري شخص آنية أثرية من ذهب ثم يتبين أنها وإن كانت من ذهب إلا أنها ليست أثرية ، فلا يعتد بغلطه ولا يسمح له بإبطال العقد حتى ولو أن الذي حمله على الشراء هو كون الآنية أثرية .

ثم ما لبث الفقه والقضاء أن نبذا هذا التفسير الضيق واعتمدا تفسيراً أوسع اعتبرا معه أن عبارة « مادة الشيء » تتسع لشمول « الصفات الجوهرية » للشيء

---

٤٢ المجلس الأعلى (الغرفة المدنية) الحكم عدد ١٨٢ تاريخ ٢٠ ماي ١٩٦٧ مجلة القضاء والقانون العدد ٨٨/٨٩ صفحة ٤٠٧ .

(qualités substantielles) إذا كانت هذه الصفات محل اعتبار المتعاقد وكانت هي الدافع إلى التعاقد . وعليه فمن يشتري آنية ذهبية على أنها أثرية يسوغ له الطعن بالشراء إذا اتضح أن الآنية ليست أثرية حتى ولو كانت من الذهب الخالص .

٥٨ – وقد تبنى المشرع المغربي النظرة الجديدة للغلط الواقع على الشيء فقرر في المادة ٤١ جواز إبطال العقد للغلط « إذا وقع على ذاتية الشيء[٤٣] أو على نوعه أو على صفة كانت هي السبب الدافع إلى الرضاء » . وقد أحسن المشرع صنعاً إذ أخذ بهذه النظرة الحديثة التي لا تقتصر على الاعتداد بالغلط الواقع على مادة الشيء (كما لو اشترى أحد خاتماً ظنه من البلاتين ثم ظهر أنه من الفضة) أو على نوعه (كما لو اشترى تاجر سلعة على أنها من النوع الممتاز وإذ هي من النوع الرديء) ، بل تعتد أيضاً بالغلط الواقع على « صفة في الشيء كانت هي السبب الدافع إلى الرضاء » أي بغلط في صفة جوهرية للشيء كما في مثال من يشتري آنية ذهبية على أنها أثرية ثم يتضح أنها ليست أثرية ، حيث يسوغ إبطال الشراء حتى ولو كانت الآنية ذهبية إذا تبين أن المشتري ما كان ليقدم على الشراء لو علم أن الآنية ليست أثرية ، وأن هذه الصفة في الآنية كانت إذن هي السبب الرئيسي في التعاقد[٤٤] .

---

٤٣ كنا بينا أن الغلط الواقع على ذاتية الشيء هو من نوع الغلط المانع ولا محل له مع أنواع الغلط التي تعيب الرضى . لذا عمدنا إلى القول بوجوب اعتبار المقصود بالغلط الواقع على ذاتية الشيء ، الغلط الواقع في مادته (راجع نبذة رقم ٤٩ أعلاه) .

٤٤ أما إذا كان الغلط قد تناول صفة غير جوهرية في الشيء فيصبح من نوع الغلط غير المنتج الذي لا يؤثر على صحة العقد. (راجع نبذة رقم ٥١ أعلاه) .

٥٩ – على أن استقرار المعاملات وحماية المتعاقد الآخر الذي قد يكون بعيداً عن الغلط ولا مأخذ عليه في وقوعه حملت الفقه والاجتهاد في فرنسا على عـــدم الإعتداد بالغلط الواقع على الشيء كسبب للإبطال إلا إذا كان (مشتركاً) أي وقع فيه المتعاقدان معاً[٤٥] : ففي الأمثلة التي سقناها أعلاه ، يجب ، حتى يسوغ للمشتري إبطال الشراء ، أن يكون بائعه قد وقع في نفس الغلط من حيث ظنه أن الخاتم الذي يبيعه هو خاتم من البلاتين ، وأن السلعة المبيعة هي من النوع الممتاز ، وأن الآنية المتعـــاقد عليها هي آنية أثرية . كذلك إذا ما اشترى شخص لوحة على أنهـــا من صنع فنـــان مشهور ، ثم تبيّن أنهـــا ليست من صنع هـــذا الفنان ، فلا يستطيع المشتري الطعن في العقـــد للغلط ، إلا إذا كان البـــائع يعتقـــد هو أيضاً أنهـــا من صنع الفنان المذكور . فبهذه الصورة لا يفاجأ أحد المتعاقدين بطلب الإبطال لغلط لا يعلم عنه شيئاً ، الأمر الذي يزعزع الثقة بالتعامل ويخل باستقرار المعاملات .

وقد جنحت التقنينات الحديثة كالتقنين المدني السوري والتقنين المـــدني المصري إلى اتباع نفس النهج وطبقت القاعدة على الغلط عامة فأجازت للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري أن يطلب إبطال العقد « إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليـــه أن

---

٤٥ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، نبذة رقم ٧٢ صفحة ٣٨ – وكولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٣٩ صفحة ٣٦ و ٣٧ – نقض فرنسي قرار صادر في ٢٤ يونيو ١٨٦٧ دالوز ١٨٦٧ – ١ – ٢٤٨ – نقض فرنسي قرار صادر في ٥ نوفبر ١٩٠٠ دالوز ١٩٠١ – ١ – ٧١ .

يتبينه »[٤٦] . فهذه التشريعات ، كما نرى ، لا تحصر إبطال العقد للغلط في الشيء في الحالة التي يكون فيها الغلط مشتركاً (أي يقع فيه الطرفان معاً) ، بل هي تجيز الاعتداد بهذا الغلط وتسمح بإبطال العقد على أساسه لمجرد أن أحد المتعاقدين كان يعلم أو كان من السهل عليه أن يتبين أن المتعاقد الآخر يتعاقـد تحت تأثير الغلط دون أن ينبهه إلى حقيقة الواقع .

ونحن نرى ، رغم سكوت النص في قانون الالتزامات والعقود المغربي ، وجوب مماشاة ما سار عليه الاجتهاد والفقه في فرنسا ، بل نرى وجوب الأخـذ بما تبنته التشريعات الحديثة من حيث عدم الاعتداد بالغلط عامة إلا إذا كان مشتركاً أو كان المتعاقد الآخر سيء النية من حيث أنه كان على علم بالغلط أو كان من السهل عليه أن يتبينه ، وترك المتعاقد الآخر فريسة للغلط دون أن ينبهه إليه كما تقضي قواعد حسن النية .

٦٠ – **ثالثاً : حالة الغلط في الشخص** : نصت المادة ١١١٠ من القانون المدني الفرنسي على أن الغلط الواقع في الشخص لا يكون سبباً للإبطال « ما لم تكن شخصيته محل اعتبار في الاتفاق » .

وهنا أيضاً انتهى الفقه والاجتهاد في فرنسا إلى أن الغلط الذي يعتد به في هذا المضمار لا يقتصر على الغلط في الشخص ذاته بل يشمل كذلك الغلط في صفة هذا الشخص إذا كانت طبعاً هذه الذات أو هذه الصفة هي الدافع إلى التعاقد .

---

٤٦ راجع المادة ١٢٠ من القانون المدني المصري والمادة ١٢١ من القانون المدني السوري .

وقد أقر قانون الالتزامات والعقود ، في صدد الغلط الواقع في الشخص ، ما انتهى إليه الفقه والاجتهاد في فرنسا فنص في المادة ٤٢ على أن « الغلط الواقع على شخصية أحد المتعاقدين أو على صفته لا يخول الإبطال إلا إذا كانت هـذه الشخصية أو الصفة أحد الأسباب الدافعة إلى صدور الرضاء من المتعاقد الآخر » .

ومن أمثلة الغلط الواقع على شخصية أحد المتعاقدين أن يهب الإنسان مالاً لشخص معين وإذ بالموهوب له غير الشخص الذي كان يزيد الواهب أن يخصه بالهبة ، أو يتعاقد مع زيد من المهندسين أو الأطباء أو العمال المشهورين بالمهارة والدقة ، أو يعقد شركة مع عمرو ثم يتبين أنه تعاقد مع غير من كان يرغب في التعاقد معه .

ومن أمثلة الغلط في صفة المتعاقد أن يهب إنسان مالاً لشخص معتقداً أنه قريبه ثم يتبين غير ذلك ، أو أن يؤجر شخص داره لامرأة يظنها شريفة ثم يتبين أنها فاسدة السلوك ، أو أن يعهد إلى شخص بالإشراف على بناء له وهو يظنه مهندساً ثم يظهر له أنه ليس بمهندس ولا يفقه من أمور الهندسة شيئاً .

والغلط سواء وقع في ذات الشخص أم في صفة من صفاته فإنه في الحالتين يعيب الرضى ويكون سبباً للإبطال .

ولكن شرطاً أساسياً يجب أن يتوفر في الغلط ليسوغ الإبطال وهو أن تكون ذات الشخص أو صفته أحد الأسباب الدافعة إلى التعاقد . أما إذا كانت ذات الشخص أو صفته غير جوهرية في نظر المتعاقد فإن الغلط إذا وقع يكون من نوع

الغلط (غير المنتج) الذي لا يشكل سبباً للإبطال على ما سبق بيانه[٤٧] .

ويعود للقاضي تقدير ما إذا كانت ذات الشخص أو صفته محل اعتبار لدى التعاقد . ويقوم القاضي بهذه المهمة حسب ظروف كل قضية . فإذا تبين له أن المتعاقد لم يبرم العقد إلا لاعتقاده الراسخ أنه يتعاقد مع شخص معين بذاته أو مع شخص يتحلى بصفة معينة يعتبرها جوهرية ، ترتب عليه الاعتداد بالغلط الواقع في هذه الذات أو في هذه الصفة الجوهرية ، واعتبار العقد المشوب بمثل هذا الغلط قابلاً للإبطال[٤٨] .

٦١ – بقي أن نتساءل ما إذا كان الغلط في ذات الشخص أو في صفة جوهرية فيه يجب ، كالغلط في الشيء ، أن يكون مشتركاً حتى يعتد به ويسوغ الإبطال .

(آ) في فرنسا يميل الفقه إلى الاعتداد بالغلط في الشخص أو في صفة جوهرية فيه حتى لو كان صادراً عن فريق واحد فقط : فالغلط الذي وقع فيه الواهبْ مثلاً من حيث وجود علاقة قربى فيما بينه وبين الموهوب له يمكن أن يؤول إلى إبطال الهبة ولو لم يشترك الموهوب له في هذا الغلط . ويقول الفقهاء تبريراً لذلك إن اعتبار الشخص أو صفة جوهرية فيه لا يلعب دوراً فعالاً إلا من طرف واحد : فالمريض مثلاً يختار هو طبيبه وصاحب الأرض الذي يرغب بناءها يختار هو مهندسه . أما الطبيب أو المهندس الذي وقع عليه الاختيار فقلما

---

٤٧ راجع نبذة رقم ٥١ أعلاه .

٤٨ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية الجزء ٢ نبذة ٧٦ صفحة ٣٩ و ٤٠ – وكولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية الجزء ٢ نبذة رقم ٣٨ صفحة ٣٤ .

يعير شخصية زبائنه كبير أهمية ، لذا كان من المعقول أن يعتبر الغلط الذي شاب إرادة أحد المتعاقدين من حيث شخص الطرف الثاني في العقد أو صفة جوهرية فيه كافياً لإبطال العقد ولو لم يكن المتعاقد الآخر قد اشترك معه في هذا الغلط [٤٩] .

وبعض التشريعات أخذت صراحة بهذا الرأي . فهكذا مثلاً ، بعد أن قرر المشرع اللبناني « أن الغلط الواقع على صفات الشيء الجوهرية لا يكون هداماً للعقد إلا إذا كان صادراً من قبل الفريقين وداخلاً في الاشتراط » قد أضاف « أما الغلط الواقع على الشخص فيعتد به وإن كان صادراً عن فريق واحد فقط » [٥٠] .

(ب) أما النظرية الحديثة فتقضي بمساواة الغلط الواقع في الشيء والغلط الواقع في الشخص من حيث وجوب عدم الاعتداد بالغلط إلا إذا كان مشتركاً أو كان أحد المتعاقدين يعلم أو كان من السهل عليه أن يتبين أن المتعاقد الآخر لم يتعاقد إلا تحت تأثير الغلط الذي كان فريسة له . ذلك أن تطلب مثل هذا الشرط في الغلط ليكون سبباً للإبطال ، استدعته الرغبة في تحقيق استقرار المعاملات حماية للمتعاقد البعيد عن الغلط والذي لا مأخذ عليه في وقوعه . وهذه الاعتبارات لا تتبدل بتبدل نوع الغلط بل تبقى هي هي سواء كان الغلط قد تناول شخص أحد المتعاقدين أم تناول الشيء المتعاقد عليه .

وقد تبنى كل من التشريع المصري والتشريع السوري هذه النظرية الحديثة

---

٤٩ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية الجزء ٢ نبذة رقم ٧٧ صفحة ٤١ .

٥٠ راجع المادة ٢٠٧ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

من حيث عدم التمييز بين الغلط الواقع في الشخص والغلط الواقع في الشيء وقرر أن المتعاقد « إذا وقع في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد ، إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه »[٥١] .

(ج) وأما في المغرب فقد سبقت الاشارة إلى أن المشرع سكت عن الموضوع شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي ، كما سبق لنا القول بأن من رأينا أن يتبنى القضاء المغربي النظرية الحديثة فلا يعتد بالغلط كسبب للإبطال سواء كان الغلط تناول الشيء أم تناول الشخص إلا إذا وقع فيه الطرفان معاً أي كان مشتركاً ، أو وقع فيه أحد الطرفين وكان الطرف الآخر يعلم أو كان من السهل عليه أن يتبين هذا الغلط الذي دفع بالمتعاقد إلى التعاقد . فذلك أدعى لاستقرار المعاملات وأنجع لتعزيز الثقة في العهود والعقود[٥٢] .

٦٢ – **رابعاً : حالة الغلط في الحساب** : من المجمع عليه أن الغلط في الحساب هو غلط غير مجد من حيث تقرير الإبطال . فهو غلط مادي بحت لا يعيب العقد الذي تخلله وإنما يصحح الغلط الواقع ويمضي العقد على الأساس الصحيح . وهذا ما أوضحته المادة ٤٣ بقولها : « مجرد غلطات الحساب لا تصلح سبباً للفسخ[٥٣] وإنما يجب تصحيحها » .

---

٥١ راجع المادة ١٢٠ من القانون المدني المصري والمادة ١٢١ من القانون المدني السوري .

٥٢ راجع نبذة رقم ٥٩ أعلاه .

٥٣ المقصود بالفسخ هنا الإبطال .

٦٣ – **خامساً : حالة الغلط الواقع من الوسيط** : إذا تم العقد عن طريق وسيط ووقع هذا الوسيط في غلط تناول الشيء أو تناول الشخص ، فإن للمتعاقد الذي استخدم الوسيط أن يعتد بهذا الغلط كما لو كان قد وقع هو نفسه فيه ، وله بالتالي أن يطلب الإبطال في الأحوال التي يسوِّغ فيها الغلط الواقع الإبطال . وقد نصت على ذلك المادة ٤٥ فقالت : « إذا وقع الغلط من الوسيط الذي استخدمه أحد المتعاقدين ، كان لهذا المتعاقد أن يطلب فسخ[٥٤] الالتزام في الأحوال المنصوص عليها في المادتين ٤١ و ٤٢ السابقتين » وهما المادتان المتعلقتان الأولى في الغلط الواقع في الشيء والثانية في الغلط الواقع في الشخص .

ومن أمثلة الغلط الواقع من الوسيط ما إذا كان شخص يملك أثاثاً أثرياً وكلف وكيلاً بالعمولة ببيع هذا الأثاث ، فيبيعه الوكيل على أساس أنه مجرد أساس عادي ، أو ما إذا كان تاجر أرسل برقية حدد فيها ثمن بضاعة عرض شراءها أو بيعها ، فترتكب دائرة البرق والبريد خطأ في نسخ البرقية يؤدي إلى ذكر الثمن محرفاً ، أو ما إذا كلف شخص وسيطاً بالتعاقد مع مهندس أو طبيب معين فإذا بالوسيط يتعاقد مع مهندس أو طبيب غيره . ففي جميع هذه الحالات يجوز لمن استخدم الوسيط أن يعتد بالغلط الذي وقع فيه هذا الأخير ويطالب بابطال العقد .

وقد وجد المشرع أن ينبه إلى أن أحكام الغلط الواقع من الوسيط لا تخل بالقواعد العامة المتعلقة بالخطأ ولا بحكم المادة ٤٣٠ في الحالة الخاصة بالبرقيات وبمقتضاها « إذا وقع خطأ أو تحريف أو تأخير في نسخ البرقية ،

---

٥٤ المقصود بالفسخ هنا الإبطال .

طبقت القواعد العامة المتعلقة بالخطأ . ويفترض عدم وقوع الخطأ من مرسل البرقية إذا كان قد طلب مقابلتها مع الأصل أو أرسلها مضمونة وفقاً للضوابط التلغرافية » .

ففي حال وقوع الغلط نتيجة خطأ من الوسيط ، يلزم هذا الوسيط بتعويض المضرور عن الضرر الذي سببه له (المادة ٧٧ من قانون الالتزامات والعقود)[٥٥] . وقد تكون دائرة البريد والبرق هي المسؤولة عن وقوع الغلط لتحريف وقع مثلاً في برقية ، فتلزم هي عندئذ بالتعويض (المادة ٧٩) ، كما يلزم مستخدموها شخصياً بذلك إذا كان الغلط قد نجم عن أخطاء جسيمة وقعت منهم في أداء وظائفهم ، لأن المشرع أجاز مساءلة الموظفين عن مثل هذه الأخطاء (المادة ٨٠)

٦٤ – **تقدير وجود الغلط يقوم على معيار ذاتي** : إن تقدير وجود الغلط أو انتفائه لا يقوم على أساس ضوابط موضوعية بل إنما يقوم على أساس معيار ذاتي يوجب التبصر في كل حالة من حالات الغلط على حدة ومراعاة الظروف التي رافقت هذا العيب والاعتداد على وجه الخصوص بسن المتعاقدين ووضعهم وذكورتهم أو أنوثتهم . وقد وجد المشرع أن يوضح ذلك فأوجب على القضاة « عند تقدير الغلط أو الجهل سواء بالقانون أم بالواقع ، أن يراعوا ظروف الحال وسن الأشخاص وحالتهم وكونهم ذكوراً أو إناثاً » (المادة ٤٤) .

---

٥٥ قد يكون المضرور هو الشخص الذي تعاقد مع الوسيط والذي تضرر من إبطال العقد للغلط الناتج عن خطأ الوسيط . وقد يكون المضرور هو المتعاقد الذي استخدم الوسيط والذي أورث الخطأ الذي ارتكبه الوسيط ضرراً له . ففي الحالتين يلزم الوسيط بتعويض المضرور عن الضرر الذي تسبب فيه .

المطلب الثاني
في التدليس

٦٥ - **تعريف وإيضاح** : التدليس هو استعمال خديعة توقع الشخص في غلط يدفعه إلى التعاقد . فالمتعاقد تحت وطأة التدليس إنما يتعاقد تحت تأثير الوهم الذي أثاره في ذهنه المدلس . فإرادته ليست إذن حرة سليمة بل هي معيبة والعيب الذي يشوبها هو الغلط الذي ولده التدليس . إنما يختلف هـذا الغلط عن الغلط المجرد في أن الأول يقع فيه العاقد نتيجة أساليب التضليـل والاحتيال التي لجـأ إليها المدلس ، بينما الثاني هو غلط تلقائي يقع فيه المتعاقد من نفسه .

مثال التدليس أن يبرز البائع زيد بغية انتزاع قبول المشتري عمرو كتابـاً مزوراً يتضمن عرض شخص شراء البضاعة - موضوع الصفقة - بثمن أغلى من الثمن الذي يطلبه زيد من عمرو . ومثاله أيضاً أن يقدم مالك أرض معدة للبناء مخططات ودراسات توهم الراغب في الشراء إمكانية إقامة دار للسينما على هذه الأرض في حين أنها لا تصلح لإقامة مثل هذا البناء عليها وأن المشتري لو علم بذلك لما اشتراها .

وقد خصص المشرع للتدليس المادتين ٥٢ و ٥٣ حيث أوضح مختلف الشروط الواجب توافرها لقيام هذا العيب .

٦٦ - **وجوب تمييز التدليس عن الغش** : يجب التمييز بين التدليس (dol) وبين الغش (fraude) : فالتدليس كما رأينا يصاحب تكوين

العقد وهو الذي يدفع إلى التعاقد . أما الغش فهو خديعة تقع خارج نطـــاق التعاقد كأن يخلط شخص الحليب بالماء ويعرضه للبيع على أنه حليب خالص ، أو تقع أثناء تنفيذ العقد كأن يستعمل تاجر وسائل احتيالية يوهم فيها من اشترى بضاعة منه ، أن البضاعة التي يريد تسليمه إياها هي من حيث الصنف والجودة مطابقة لمواصفات العقد الذي تم بينهما ، كما لو أطلعه على بيانات وتحاليل تتعلق ببضاعة غيرها وأكد له أنها تتعلق بالبضاعة المبيعة ، فيستلم المشتري البضاعة ، وإذ يتبين أنهـــا من درجة أردأ . ففي هـــذه الحالات وما شابهها لا تشكل الخديعة تدليساً بل إنما تشكل غشاً وقع خارج حقل التعاقد كما في المثال الأول ، أو وقع أثناء تنفيذ العقد كما في المثال الثاني .

وعندما يقع الغش أثناء تنفيذ العقد ، فأثره يقتصر على المطالبة بابطال التنفيذ المخالف لمقتضيات العقد وإلزام المتعاقد مرتكب الغش على تنفيذ العقـــد وفق مقتضياته ، هذا ما لم يفضل المتعاقد الذي كان ضحية الغش المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة الغش الذي ارتكب بحقه .

٦٧ – **شروط قيام التدليس** : من الرجوع إلى المادتين ٥٢ و ٥٣ اللتين خصهما المشرع للتدليس ، يمكننا القول بأن مفهوم التدليس يتوقف تحققه على توافر الشروط الثلاثة التالية :

الشرط الأول : استعمال المدلس وسائل احتيالية لتضليل المدلس عليه .

الشرط الثاني : كون هذه الوسائل الاحتيالية هي التي دفعت المدلس عليه إلى التعاقد .

الشرط الثالث : صدور الوسائل الاحتيالية عن المتعاقد الأُخر أو كون هذا المتعاقد على علم بها .

وسنبحث في هذه الشروط على التتابع .

٦٨ - **الشرط الأول : استعمال المدلس وسائل احتيالية لتضليل المدلس عليه** : يتطلب قيام التدليس استخدام المدلس وسائل احتيالية تخفي الحقيقة عن المتعاقد وتولد الغلط في ذهنه . وهذا العمل الذي يقدم عليه المدلس يقوم على عنصرين : عنصر مادي وهو عبارة عن الوسائل والسبل التي استعملها المدلس ، وعنصر معنوي وهو عبارة عن نية التضليل لتحقيق غرض غير مشروع .

٦٩ - (آ) **العنصر المادي** : يجب أن يستخدم المدلس وسائل احتيالية لاخفاء الحقيقة عن المتعاقد وتضليله ، ومن ثم دفعه إلى التعاقد تحت تأثير هذا التضليل ، كعرض البائع على المشتري بغية انتزاع قبوله رسائل مزورة تحمل ثمناً مبالغاً فيه للبضائع ، أو تقديم مالك الأرض للراغب في تملكها مخططات لبناء يقام عليها في حين أنها لا تصلح لمثله .

وهنا يطرح سؤال : هل الكذب والكتمان يمكن أن يشكل كل منهما عنصراً مادياً كافياً لقيام التدليس .

٧٠ - الأصل أن مجرد الكذب (mensonge) لا يعتبر من الوسائل الاحتيالية ولا يكفي بالتالي لتحقيق التدليس ، كما في الكذب الدارج بين الباعة من حيث المبالغة في أوصاف المبيع ومزاياه وأفضليته ونحو ذلك ، إذ المفروض

بالمشتري أنه يدرك مثل هذا الكذب المعروف بين الناس أنه من أساليب الترويج ويستطيع الحذر منه[٥٦] .

ولكن الكذب في واقعة معينة لها اعتبارها في نظر المتعاقد الآخر يعتبر تدليسا . فهكذا مثلاً ، لو جزم البائع ، كذباً وبهتاناً ، بوجود صفة معينة في المبيع كان يصر عليها المشتري ، اعتبر كذبه تدليساً وساغ للمشتري الطعن في البيع وإبطاله[٥٧] . وهكذا أيضاً لو أن بائع محل تجاري ، بغية انتزاع قبول المشتري ، حدد له ثمن كراء المحل الواجب أداؤه للمالك بأقل مما هو عليه في الواقع ، جاز للمشتري الاعتداد بكذب البائع للمطالبة بإبطال البيع .

وكذلك يرقى الكذب إلى درجة التدليس عندما يترتب على أحد المتعاقدين تقديم بيانات الزامية لها تأثير كلي وأهمية خاصة في عملية التعاقد ، ويدلي ببيانات غير صحيحة كما لو أعطى المؤمن له على الحياة بيانات كاذبة لشركة التأمين يخفي بها أخطاراً يتعرض لها وتزيد في تبعات الشركة . فمثل هذه البيانات الكاذبة تبرر إبطال عقد التأمين للتدليس .

٧١ – وكذلك الأصل في الكتمان (réticence) أنه لا يعتبر عنصراً مادياً كافياً لقيام التدليس ، إذ ليس على المتعاقد بيان كل ما يتعلق بعملية التعاقد وبالمعقود عليه لما في ذلك من حرج .

---

٥٦ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة ٩٤ صفحة ٤٨ و ٤٩ – كولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة ٤٢ صفحة ٣٩

٥٧ كولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة ٤٢ صفحة ٣٩ .

ولكن هناك حالات يكفي فيها الكتمان لتحقق التدليس وذلك عندما يتعلق الكتمان في ناحية يوجب القانون أو طبيعة العقد بيانها ، كما إذا كتم المؤمن على حياته مرضاً خطيراً هو مصاب به كالسل أو السرطان ، أو كما لو كتم بائع عقار عن المشتري أن العقار المبيع قد شرع في نزع ملكيته للمنفعة العامة ، أو كما لو كتم بائع محل تجاري على المشتري وجود تنبيه بالإخلاء بلّغ إلى البائع ، وكون شروط الكراء المعقود بينه وبين المالك تمنع تسليمه المحل التجاري بلا إذن المالك(٥٨) . ففي مثل هذه الحالات يشكل الكتمان تدليساً على ما استقر عليه الفقه والاجتهاد في فرنسا بدون نص(٥٩) ، وعلى ما ورد عليه النص صراحة في المادة ٥٢ من قانون الالتزامات والعقود المغربي وبمقتضاها يمكن أن يعتبر الكتمان تدليساً وأن يبرر بالتالي إبطال العقد .

٧٢ – (ب) **العنصر المعنوي** : يجب لقيام التدليس أن يتوافر العنصر المعنوي إلى جانب العنصر المادي . ونعني بالعنصر المعنوي أن تكون الحيل التي لجأ اليها المدلس تهدف التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع كما في سائر الأمثلة التي سقناها أعلاه : فالبائع الذي يبرز رسائل مزورة أو مخططات

---

٥٨ المجلس الأعلى ، الحكم عدد ٦٧ تاريخ ١٣ يناير ١٩٥٩ مجلة القضاء والقانون العدد ٢٤ دجنبر ١٩٥٩ صفحة ٣٣٣ .

٥٩ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة ٩٨ صفحة ٥٠ و ٥١ – وكولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة ٤٢ صفحة ٣٩ – ونقض فرنسي قرار صادر في ٥ ديسمبر ١٨٣٨ سيريه ١٨٣٨ – ١ – ٩٥١ ، وقرار ١٧ فبراير ١٨٧٤ سيريه ١٨٧٤ – ١ – ٢٤٩ ، وقرار ٢٣ مايو ١٩٣٣ مجموعة دالوز ١٩٣٣ – ١ – ١٤٣ .

مصطنعة لحمل مشتري البضاعة أو الأرض على التعاقد ، أو المؤمن له على الحياة الذي يدلي ببيانات كاذبة أو يكتم بيانات كان ملزماً بتقديمها وينتزع قبول الشركة على عقد التأمين على أساسها ، إنما يبغون من وسائل التضليل التي لجأوا إليها ، الحصول على كسب غير مشروع على حساب المشتري أو شركة التأمين ، من حيث جني البائع ثمناً فاحشاً لا حق له به ، أو تأدية عاقد التأمين أقساطاً دون الأقساط التي كان يجب عليه أداؤها حسب تعريفة التأمين لو أن العقد انعقد على أساس بيانات مطابقة للواقع .

أما إذا كان غرض من قام بالوسائل الاحتيالية مشروعاً فلا يقوم التدليس ، وذلك كما لو لجأ الدائن أو المودع إلى الخديعة حتى أخذ الأول من مدين ظهرت بوادر إعساره رهناً يضمن به استيفاء دينه ليس إلا وحصل الثاني من وديع تبين عدم أمانته إقراراً بالوديعة لا لشيء إلا ليمنع على الوديع إنكار الوديعة . فهذه الخديعة لا تشكل تدليساً لأن الدائن أو الوديع كان يهدف من ورائها ضمان حقه ، وهو غرض مشروع ، وأن التدليس يتطلب لقيامه أن تكون الوسائل الاحتيالية المستعملة ترمي إلى تحقيق غرض غير مشروع .

٧٣ – **الشرط الثاني : كون الوسائل الاحتيالية هي التي دفعت إلى التعاقد** : لا تسوغ المطالبة بإبطال العقد للتدليس إلا إذا ثبت أن الوسائل الاحتيالية التي لجأ إليها المدلس هي التي دفعت بالمتعاقد إلى التعاقد . وهذا ما أشارت إليه المادة ٥٢ بقولها : « التدليس يخول الإبطال إذا كانت الحيل أو الكتمان ... قد بلغت في طبيعتها حداً بحيث لولاها لما تعاقد الطرف الآخر » .

ومعرفة ما إذا كانت الوسائل الاحتيالية التي استعملها المدلس للتضليل هي

التي حملت على التعاقد، من الأمور الواقعية التي يعود تقديرها لقاضي الموضوع . وقد أيد ذلك المجلس الأعلى عندما قرر أن « للقضاة سلطة كاملة في تقدير وجود أو انعدام الوقائع المكونة للتدليس »[٦٠] .

وتجدر الإشارة إلى أن المعيار في هذا الشأن ، كما هو بالنسبة لعيب الغلط[٦١] ، ليس معياراً موضوعياً بل هو معيار ذاتي يوجب التبصر في كل حالة على حدة وفي ضوء شخصية المدلس عليه تبعاً لجنسه ووضعه وسنه .

٧٤ – **التدليس الدافع والتدليس غير الدافع** : (آ) يفرق الفقه عادة بين التدليس الدافع إلى التعاقد (dol principal) وبين التدليس غير الدافع أو التدليس العارض (dol incident) وهو الذي لا يدفع إلى التعاقد وإنما يحمل المتعاقد ، الذي هو مصمم على التعاقد ، على القبول بشروط أبهظ ما كان ليرتضيها أو على القبول بمنح ميزات ما كان ليمنحها لولا وقوعه تحت وطأة التدليس . مثال ذلك أن يبرز بائع عقار عقود كراء صورية ذُكر فيها أجرٌ مرتفع يفوق أجر العقار الحقيقي فيؤدي ذلك بالمشتري ، الذي كان مصمماً على الشراء ، إلى القبول برفع الثمن عما كان محدداً قبلاً أو إلى القبول بمنح البائع حق جني ثمار الأشجار الموجودة في المبيع والتي كان يحرص المشتري بادئ الأمر على أن تكون من نصيبه . فهذا النوع الثاني من التدليس لا يجعل العقد قابلاً

---

٦٠ المجلس الأعلى ، حكم صادر في ٦ فبراير ١٩٥٧ ، مجموعة قرارات المحاكم الاستئنافية في المغرب العدد رقم ٢١ لعام ١٩٥٧/١٩٥٨ .

٦١ راجع نبذة رقم ٦٤ أعلاه .

للإبطال بل إنما يقتصر أثره على إعطاء الحق للمتعاقد المتضرر في المطالبة بالتعويض طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية .

(ب) على أن فريقاً من الفقهاء ينتقدون هذه التفرقة ويرون أن التدليس الذي يؤدي إلى قبول التعاقد بشروط أشد يعيب الإرادة هو أيضاً لأنه تدليس دفع إلى التعاقد بهذه الشروط . وهم يضيفون إلى ذلك أنه من الصعوبة بمكان معرفة ما إذا كان التدليس هو الذي دفع إلى التعاقد وعاب الإرادة ، أم أنه اقتصر على إغراء المتعاقد على القبول بشروط أشد[٦٢] .

(ج) ونحن نرجح الأخذ بالرأي القائل بوجوب التفريق بين التدليس الدافع إلى التعاقد الذي يعيب الإرادة ويخول الحق في إبطال العقد وفي المطالبة بالتعويض عند الاقتضاء ، وبين التدليس غير الدافع أو التدليس الطارئ الذي لم يدفع إلى التعاقد بل اقتصر أثره على إغراء المتعاقد على القبول بشروط أشد أو على القبول بمنح بعض الميزات ، كأن توجد في المثال الذي سقناه مخابرات تثبت أن المشتري قد انعقدت نيته على الشراء قبل أن يطلع على عقود الكراء الصورية التي اقتصر أمرها على حمله على القبول بزيادة الثمن أو بابقاء ثمار المبيع للبائع . ففي مثل هذه الحالة يقف التدليس عند حد كونه عملاً غير مشروع فلا يعطي إلا الحق بالمطالبة بالتعويض .

(د) وهذا الرأي هو الذي يسود في مختلف التشريعات : فالقانون المدني

---

٦٢ من هذا الرأي كولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٤٤ صفحة ٤١ و ٤٢ .

الفرنسي[٦٣] والقانون المدني المصري[٦٤] والقانون المدني السوري[٦٥] أوضحوا جميعاً أن التدليس لا يسوغ إبطال العقد إلا إذا كانت حيل المدلس هي التي حملت الطرف الثاني على التعاقد بحيث لولاها لما أبرم العقد . فالمعول عليه إذن في هذه التشريعات هو التدليس الدافع إلى التعاقد ، لا التدليس العارض الذي يقتصر أمره على حمل المدلس عليه ، القابل أصلاً بالتعاقد ، على تعديل شروط العقد لمصلحة المدلس . وقانون الموجبات والعقود اللبناني جاء أكثر وضوحاً ، إذ هو بعد إعلانه أن الخداع[٦٦] « يعيب الرضى ويؤدي إلى إبطال العقد إذا كان هو العامل الدافع إليه والحامل على التعاقد » ، أضاف موضحاً أن « الخداع العارض الذي أفضى إلى تغيير بنود العقد ولم يكن هو العامل الدافع إلى إنشائه ، يجعل للمخدوع سبيلاً إلى المطالبة ببدل العطل والضرر فقط »[٦٧] .

(هـ) والمشرع المغربي تبنى هو أيضاً الرأي القائل بوجوب التمييز بين التدليس الدافع والتدليس العارض واتخذ موقفاً شبيهاً بالموقف الذي وقفه المشرع اللبناني : فهو في معرض بيان شروط التدليس نص صراحة في المادة ٥٢ على أن الحيل التي تخول الإبطال هي التي « لولاها لما تعاقد الطرف الآخر » دالاً بذلك على أن التدليس الذي يعتد به كسبب للإبطال هو التدليس الدافع ألى التعاقد . أما التدليس غير الدافع أو العارض فلا يمنح إلا حق المطالبة بالتعويض

---

٦٣ راجع المادة ١١١٦ من القانون المدني الفرنسي .

٦٤ راجع المادة ١٢٥ من القانون المدني المصري .

٦٥ راجع المادة ١٢٦ من القانون المدني السوري .

٦٦ اعتمد المشرع اللبناني عبارة « الخداع » بدل « التدليس » .

٦٧ راجع المادة ٢٠٨ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

عملاً بنص المادة ٥٣ التي قررت صراحة أن « التدليس الذي يقع على توابـع الالتزام من غير أن يدفع إلى التحمل به لا يمنح إلا الحق في التعويض » .

٧٥ – **استثناء يعتد بالتدليس العارض كسبب للإبطال إذا وصل ضرر المدلس عليه حد الغبن** : إن التفريق بين التدليس الدافع والتدليس العارض من حيث اعتبار الأول وحده معيباً للرضى وبالتالي مانحاً حق إبطال العقد ، لا محل له عندما يصل الضرر اللاحق بالمتعاقد بسبب التدليس الطارئ حـد الغبن ، كما لو أن الزيادة في الثمن التي قبل بها المشتري نتيجة الخديعة قـد فاقت ثلث قيمة المبيع . ذلك ان العقد يعتبر في هذه الحالة معيباً ويجوز إبطاله عملاً بالمادة ٥٥ من قانون الالتزامات والعقود التي تخول إبطال العقد للغبن المسبب عن تدليس .

٧٦ – **الشرط الثالث : صدور الوسائل الاحتيالية عن المتعاقد الآخر أو كونه على علم بها** : يشترط القانون المدني الفرنسي في التدليس صدوره عن المتعاقد الآخر ليكون سبباً في إبطال العقد (المادة ١١١٦) . أما إذا صدر التدليس عن الغير فلا يؤثر على صحة العقد .

وقد حاول بعض الفقهاء تعليل هذا الموقف بقولهم إن المتعاقد الذي استفاد من تدليس ارتكبه الغير لا جناح عليه إذ لم يصدر عنه ما يستدعي مؤاخذتـه ولا سبيل إذن أن نحمله جريرة ما قام به الغير من وسائل التضليل والاحتيال . أما المدلس عليه فتصان حقوقه برجوعه على المدلس بالعطل والضرر وفق قواعد المسؤولية التقصيرية .

وانتقد فريق آخر موقف المشرع الفرنسي بهذا الصدد وبنى انتقاده على أن

التدليس سواء صدر عن المتعاقد أم صدر عن الغير فهو في كل حال قد عاب إرادة المدلس عليه . وما دامت إرادة أحد الطرفين المتعاقدين معيبة فلا يصح حرمان هذا المتعاقد من حق إبطال العقد الذي أُبرم تحت وطأة التدليس . لذا كان يجب اعتبار التدليس سبباً لإبطال العقد سواء قام بالتدليس أحد المتعاقدين أم قام به الغير .

وفريق ثالث نادى بوجوب التوفيق بين حماية المدلس عليه الذي عيبت إرادته وبين استقرار المعاملات الذي يتطلب عدم اعتبار المتعاقد حسن النية مسؤولاً عن عمل الغير واقترح الاعتداد بالتدليس الصادر عن الغير ، كسبب للإبطال ، إذا كان هذا الغير متواطئاً مع المتعاقد أو كان المتعاقد عالماً بأمر التدليس .

وقد أخذ قانون الالتزامات والعقود المغربي بالرأي الأخير فنص في المادة ٥٢ على أن التدليس يخول إبطال العقد إذا ما صدر عن « أحد المتعاقدين أو نائبه أو شخص آخر يعمل بالتواطؤ معه » ثم أضاف « ويكون للتدليس الذي يباشره الغير نفس الحكم إذا كان الطرف الذي يستفيد منه عالماً به » .

أما إذا كان المتعاقد مع المدلس عليه غير عالم بالتدليس الذي باشره الغير ، فإن المدلس عليه لا يستطيع الطعن بالعقد للتدليس الذي كان عرضة له والمطالبة بإبطال العقد ، بل يكون حقه محصوراً بمداعاة المدلس بالعطل والضرر ليس إلا .

وهذا الاتجاه الذي اتجهه المشرع المغربي يتفق والاتجاه الذي أخذ به كل

من المشرع المصري[٦٨] والمشرع السوري[٦٩] والمشرع اللبناني[٧٠] الذين أجمعوا على تعليق إبطال العقد للتدليس الصادر عن غير المتعاقدين على ثبوت كون المتعاقد الآخر متواطئاً مع المدلس أو على الأقل سيء النية عالماً بالتدليس .

٧٧ – **مقارنة بين التدليس والغلط** : بينا في معرض تعريفنا للغلط والتدليس أن المتعاقد في كل منهما يحمل على التعاقد تحت تأثير وهم يتولد في ذهنه ويصور له الواقع على غير حقيقته .

فالوهم إذن هو السبب الدافع إلى التعاقد في كل من الغلط والتدليس .

وإنما الفرق بين الغلط والتدليس أن الوهم الحاصل في الغلط المجرد إنما يقع فيه المتعاقد من نفسه فهو غلط تلقائي ، بينما الوهم الحاصل في التدليس لا يقع فيه العاقد إلا بفعل من المدلس ونتيجة للأساليب الاحتيالية التي لجأ اليها لتضليل المدلس عليه وحمله على التعاقد .

وقد يبدو أن هذا الفرق لا يبرر تمييزاً قانونياً من حيث الأثر الذي تتعرض له الإرادة في حالتي الغلط التلقائي والغلط المدبر ما دام العيب في الحالتين يرجع في حقيقته إلى أصل واحد هو الغلط .

وبهذا الاعتبار اعتقد البعض أن نظرية الغلط تغني عن نظرية التدليس وأن

---

٦٨ راجع المادة ١٢٦ من القانون المدني المصري .

٦٩ راجع المادة ١٢٧ من القانون المدني السوري .

٧٠ راجع المادة ٢٠٩ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

باستطاعة الراغب في إبطال العقد للتدليس تحقيق رغبته دوماً عن طريق الطعن بالعقد للغلط .

غير أن هذا الاعتقاد في ضوء نصوص قانون الالتزامات والعقود هو اعتقاد غير صحيح للأسباب التالية :

أولاً : إن المشرع المغربي لم يعتبر الغلط الواقع في الباعث على التعاقد معيباً للإرادة كما لو اشترى أحد سيارة لاعتقاده أن سيارته تحطمت في حادث ثم ظهر أنها سليمة . ففي مثل هذه الحالة يقع العقد صحيحاً ولا يجوز إبطاله للغلط التلقائي[٧١] . أما لو كان هذا الغلط في الباعث قد حصل نتيجة أساليب احتيالية فإن العقد يعتبر معيباً ويجوز إبطاله للتدليس .

ثانياً : إن المشرع المغربي ، في المادة ٤١ المتعلقة بإبطال العقد لغلط يقع على محل الالتزام قصر الإبطال على الحالات التي يكون فيها الغلط واقعاً « في ذات الشيء[٧٢] أو في نوعه أو في صفة فيه كانت هي السبب الدافع إلى الرضى » ، دون الغلط الواقع في قيمة الشيء كما إذا باع شخص شيئاً قيماً بثمن ضئيل لأنه يجهل قيمته . فالغلط في القيمة الذى وقع فيه البائع من نفسه لا يؤثر في صحة البيع الذي أبرمه ولا يجوز إبطال مثل هذا البيع للغلط التلقائي[٧٣] . أما لو كان هذا الغلط في القيمة قد حصل نتيجة وسائل الخديعة والاحتيال فإن

---

٧١ راجع نبذة رقم ٥١ أعلاه .

٧٢ نذكر هنا أن المقصود بالغلط الواقع في « ذات الشيء » الغلط الواقع في « مادة الشيء » .

٧٣ راجع نبذة رقم ٥١ أعلاه .

البيع يتعيب ويمكن الطعن فيه وإبطاله للتدليس .

ثالثاً – يضاف إلى ذلك أن الوسائل الاحتيالية تكون في الغالب وسائل مادية يسهل إثباتها فتقوم دليلاً على الغلط المدبر ، بينما الغلط التلقائي أمر نفسي ليس من اليسير إقامة الدليل عليه .

لذلك كله نحن نؤيد القائلين بأن نظرية الغلط لا تغني عن نظرية التدليس ونتادي معهم بضرورة وفائدة إبقاء عيب التدليس إلى جانب عيب الغلط .

المطلب الثالث

في الإكراه

٧٨ – **تعريف وإيضاح** : عرفت المادة ٤٦ الإكراه بأنه « إجبار يباشر من غير أن يسمح به القانون يحمل بواسطته شخص شخصاً آخر على أن يعمل عملاً بدون رضاه » .

فالإكراه يصيب الإرادة في أهم عنصر من عناصرها هو عنصر الحرية والاختيار ، إذ المكره لا يرغب في التعاقد وإنما الرهبة التي ولدها الإكراه دفعته إلى أن يتعاقد .

وقد يتبادر إلى الذهن أنه كان ينبغي أن يعتبر العقد مع الاكراه غير منعقد لأن المكره بحسب الظاهر عديم الارادة . لكن الواقع خلاف ذلك : فالمتعاقد تحت تأثير الرهبة ، إنما تعاقد بإرادته ولكن إرادته لم تكن حرة من حيث أنه كان عليه إما أن يتحمل الأذى المهدد به وإما أن يتعاقد ، وكلاهما شر ، فاختار التعاقد كأهون الشرين لدرء الضرر عن نفسه أو عن غيره .

لذلك فالعقد المشوب بالاكراه لا يعتبر باطلاً لانتفاء الارادة ، بل إن مثل هذا العقد يعتبر قابلاً للإبطال لعيب أصاب إرادة المكره .

٧٩ – **شروط الاكراه** : لا بدّ في الاكراه ، حتى يعيب الرضى ، ويكون سبباً للإبطال ، من توفر الشروط الأربعة التالية :

الشرط الأول : استعمال وسيلة للضغط على شخص .

الشرط الثاني : كون هذه الوسيلة بعثت رهبة في نفسه .

الشرط الثالث : كون هذه الرهبة هي التي دفعته إلى التعاقد .

الشرط الرابع : كون المقصود من الرهبة المتولدة في نفس المكره تحقيق غرض غير مشروع .

وسنبحث على التعاقب في مختلف هذه الشروط .

٨٠ – **الشرط الأول : استعمال وسيلة للضغط على شخص** : يجب أول ما يجب لتتحقق فكرة الاكراه قانوناً ، أن تستعمل وسيلة ما للضغط على المكره بحيث تحدث لمن كان عرضة لها ، حسب نص المادة ٤٧ « ألماً جسمياً أو اضطراباً نفسياً عميقاً » .

فالاكراه قد يكون جسمياً (violence physique) وهو الذي تقع وسيلة الضغط فيه على جسم المكرَه كالضرب والتعذيب ، وقد يكون نفسياً (violence morale) وهو الذي تكون الوسيلة فيه تهديداً بأذى يلحق المكرْه أو غيره من ذوي قرباه في الجسم أو النفس أو الشرف أو المال . والاكراه النفسي هو الأكثر شيوعاً . ومثله تهديد شخص بالضرب أو القتل ، أو تهديده بإثارة فضيحة ، أو تهديده بحرق

داره ، أو تهديده بخطف إبنه أو التشهير بزوجه .

والاكراه بنوعيه الجسمي والنفسي يستوي في تعييب الإرادة وجعل العقد قابلاً للإبطال .

٨١ - **النفوذ الأدبي لا يشكل بحد ذاته إكراهاً** : إن النفوذ الأدبي (crainte révérentielle) كنفوذ الأب على ابنه أو الزوج على زوجته أو الرئيس على مرؤوسه لا يشكل بحد ذاته إكراهاً نفسياً ولا يبرر بالتالي إبطال العقد ممن يدعي أنه كان واقعاً تحت تأثير مثل هذا النفوذ . فلو أن زيداً طلب مثلاً من إبنه عمرو أن يتنازل له هذا الأخير عن سيارة يملكها وانصاع عمرو لطلب ابيه ، فلا يستطيع عمرو الطعن بهذا التنازل والمطالبة بإبطاله للإكراه ، تأسيساً على أنه إنما تنازل عن سيارته تحت تأثير الخوف الناشيء عن احترامه لأبيه زيد .

وبعض التشريعات ، كالتشريع المصري والتشريع السوري ، لم تر وجوب النص صراحة على عدم الاعتداد بالنفوذ الأدبي كسبب لإبطال العقد للاكراه ، اكتفاء منها بتعليق قيام الاكراه على تصور المكره « أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال »[٧٤] ، الأمر الذي يترتب عليه بداهة استبعاد النفوذ الأدبي من حقل الاكراه ، إذ ليس فيه أثر للخطر الجسيم المحدق الذي يشترط وجوده لتحقق عيب الاكراه .

ولكن ثمة تشريعات أُخرى وجدت النص صراحة على أن النفوذ الأدبي

---

٧٤ راجع المادة ١٢٧ من القانون المدني المصري والمادة ١٢٨ من القانون المدني السوري .

لا يمكن أن يشكل بحد ذاته إكراهاً : فهكذا قرر القانون المـدني الفرنسي « أن مجرد الخشية الصادرة عن احترام واجب للأب أو الأم أو أي أصل آخر دون أن يكون هناك إكراه واقع ، لا يكفي لإبطال العقد »[٧٥] . وهكذا أيضاً أعلن قانون الموجبات والعقود اللبناني « أن الخوف الناشئ عن احترام الأب أو الأم أو غيرهما من الأصول لا يكفي لافساد العقد »[٧٦] .

وقد اتجه المشرع المغربي نفس الاتجاه فأوضح في المادة ٥١ من قانـون الالتزامات والعقود أن « الخوف الناشئ عن الاحترام لا يخول الإبطال إلا إذا انضمت إليه تهديدات جسيمة أو أفعال مادية » .

وعليه فمجرد النفوذ الأدبي وما يرافقه من خوف لا يكفي لقيام الاكراه ، بل لا بُدَّ أن ترافق هذا النفوذ الأدبي تهديدات جسيمة أو أفعال مادية ، أي بعبارة ثانية لا بدَّ أن يقترن بوسيلة ضغط أُخرى تولد الرهبة في النفس بحيث يتم التعاقد تحت سلطان هذه الرهبة . عندها يتعيب العقد ويغدو قابلاً للإبطال ، كما لو أن والدة هددت بهجر ابنتها الحامل أثناء المخاض وتركها لوحدها ما لم تهبها مبلغاً من المال[٧٧] .

٨٢ – يعتد بالاكراه سواء صدر عن أحد المتعاقدين أم صدر عن الغير :
(آ) هل يشترط لإبطال العقد بالاكراه أن يكون صادراً عن المتعاقد الآخر

---

٧٥ راجع المادة ١١١٤ من القانون المدني الفرنسي .

٧٦ راجع المادة ٢١٢ من قانون الموجبات والعقود البناني .

٧٧ دوموغ ، الالتزامات بصورة عامة الجزء الأول نبذة رقم ٣١٢ صفحة ٥٠٧ – وبلانيول الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ١٠٧٤ .

أم أنه يعتد بالاكراه كسبب للإبطال حتى لو كان صادراً عن الغير ؟ الجواب أن لا فرق بين صدور الاكراه من أحد الطرفين المتعاقدين أم من أحد غيرهما . ففي الحالتين تتعيب إرادة المتعاقد المكره ، وفي الحالتين يجب إذن منحه حق إبطال العقد الذي أبرم تحت وطأة الاكراه . وهذا ما أوضحته المادة ٤٩ من قانون الالتزامات والعقود بقولها : « الاكراه يخول إبطال الالتزام وإن لم يباشره المتعاقد الذي وقع الاتفاق لمنفعته » .

(ب) ويختلف عيب الاكراه من هذه الناحية عن عيب التدليس . فقد مر معنا أن التدليس الصادر عن الغير لا يعتد به كسبب للإبطال إلا إذا كان هذا الغير متواطئاً مع المتعاقد الذي استفاد من التدليس أو كان المتعاقد المذكور عالماً بأمر التدليس[٧٨] . أما الاكراه الصادر عن الغير فهو يخول ابطال العقد الذي أبرم تحت وطأته دون ما نظر إلى حسن نية أو سوء نية الطرف المتعاقد مع المكرَه .

ومرد ذلك أن الاكراه أشد خطراً على المكرَه وأعمق أثراً في نفسه : ففي التدليس لا يكون المدلس عليه عرضة للايذاء أو التهديد في الجسم أو النفس أو المال . وقد يستطيع بمزيد من اليقظة والتبصر اكتشاف الخديعة في الوقت المناسب وتجنب الوقوع في حبائل المدلس . لذا أوجب المشرع على المدلس عليه، إذا أراد إبطال العقد للتدليس الصادر عن الغير ، أن يثبت كون المتعاقد الذي استفاد من التدليس متواطئاً مع المدلس أو عالماً بأمر التدليس . أما في

---

٧٨ نبذة رقم ٧٦ أعلاه .

الاكراه ، فإن المكرَه واقع تحت وطـأة خطر داهم يحيق به أو بغيره من ذوي قرباه ، ويُخشى معه تعريض النفس أو الشرف أو الأموال لضرر كبير . وليس باستطاعة المكرَه دفع هذا الخطر وما يلحقه من ضر وأذى ، إلا إذا أبرم العقد المطلوب منه إبرامه بالتهديد والوعيد . فلا غرابة أن يفسح المشرع المجال للمكرَه ، في كل حال ، بإبطال العقد المعقود تحت وطأته حتى لو كان الطرف الآخر غير عالم بالاكراه الذي باشره الغير .

(ج) وجدير بالذكر أن التشريع المغربي لئن كان يلتقي هنا مع التشريع الفرنسي[٧٩] والتشريع اللبناني[٨٠] اللذين يعتدا بالاكراه الصادر عن الغير حتى ولو كان الفريق الذي تعاقد مع المكرَه حسن النية وكان يجهل وقوع الاكراه ، فهو يختلف والتشريع المصري[٨١] والتشريع السوري[٨٢] اللذين آثرا فكرة وجوب ضمان استقرار المعاملات فاشترطا في الاكراه ما اشترطاه في التدليس من حيث تعليق حق المتعاقد المكرَه في إبطال العقد للاكراه الصادر عن الغير على إثبات كون المتعاقد الآخر « كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهـذا الاكراه » .

٨٣ – يعتد بالاكراه حتى لو تهيأت ظروفه مصادفة واستغل شخص هذه الظروف كوسيلة للضغط : (آ) قد لا تكون وسيلة الاكراه من صنـع الإنسان ، بل من صنع ظروف تتهيأ مصادفة فيستغلها شخص للضغط على

---

٧٩ راجع المادة ١١١١ من القانون المدني الفرنسي .

٨٠ راجع المادة ٢١٠ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

٨١ راجع المادة ١٢٨ من القانون المدني المصري .

٨٢ راجع المادة ١٢٩ من القانون المدني السوري .

إرادة الطرف الآخر وحمله على التعاقد . مثال ذلك أن يقع شخص في الأسر فيعرض عليه أحد إطلاق سراحه مقابل تنازل الأسير عن كل ثروته أو عن جزء كبير منها . مثال ذلك أيضاً أن يشرف مركب على الغرق فيهرع مركب آخر لانقاذه ويشترط قائد المركب المنقذ التعهد له بمبلغ جسيم لا يتناسب وعملية الانقاذ .

فهل في مثل هذه الحالات يعتد بالاكراه ؟

(ب) لقد اختلف الفقه في فرنسا في الاجابة على هذا السؤال : ففريق رأى عدم الاعتداد بالاكراه استناداً إلى ظاهر نص المادة ١١٠٩ من القانون المدني الفرنسي الذي يعرض للرضاء المنتزع بالاكراه (consentement extorqué) ويتطلب إذن أن يكون شخص المكرِه هو الذي هيأ وسيلة الاكراه للضغط على إرادة المتعاقد ، بحيث إذا تهيأت هذه الوسيلة مصادفة واستغلها شخص للضغط فلا يتحقق الاكراه . وفريق آخر رأى على العكس الاعتداد بالاكراه في مثل هذه الحالة استناداً إلى أن العبرة في صحة العقود للرضى السليم وأن المتعاقد الذي يبرم العقد تحت وطأة الرهبة وتأثير الضغط لا يكون رضاه سليماً . ويستوي عندها أن تكون ظروف الاكراه قد هيأها شخص المكرِه أم أن يكون هذا الشخص قد استغل ظروفاً تهيأت مصادفة ودون تدخل منه .

(ج) وهذا الرأي الأخير هو المعول عليه فقهاً ، وهو الذي تبناه القضاء الفرنسي[٨٣] ، وأخذت به بعض التشريعات التي عرضت للموضوع كالتشريع

٨٣ـ كولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية الجزء ٢ نبذة رقم ٤٣ صفحة ٤١ — وجوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية الجزء ٢ نبذة رقم ٨٨ صفحة ٤٦ — ودومو ، =

اللبناني الذي لا يميز بين أن « يكون الضغط صادراً عن أحد المتعاقدين أو عن شخص ثالث أو عن أحوال خارجة عن دائرة التعاقد »[٨٤] . وهو في نظرنا الرأي الصواب . وعليه ، فإننا رغم فكرة « الانتزاع » المشار إليها في المادة ٤٨ من قانون الالتزامات والعقود ، نرى وجوب الاعتداد بالاكراه واعتبار العقد المبرم تحت وطأته متعيباً وبالتالي قابلاً للإبطال حتى لو كانت ظروف الاكراه قد تهيأت مصادفة واستغلها شخص للضغط على إرادة الملتزم .

٨٤ – **الشرط الثاني : كون الوسيلة المتبعة بعثت رهبة في نفس المكرَه** : (آ) ليست العبرة في الاكراه للوسيلة التي اتبعت للضغط على المكرَه وإنما العبرة لما تبعثه هذه الوسيلة من رهبة في النفس تجعل المكرَه يتصور أن خطراً جسيماً يهدده وضرراً عظيماً ينتظره .

(ب) وتقدير جسامة الخطر وعظم الضرر ، وبالتالي ما بعث ذلك من رهبة في النفس ، هو من المسائل الواقعية التي يعود تقديرها لقاضي الموضوع . ومعيار التقدير هنا ، كما هو الحال في عيبي الغلط[٨٥] والتدليس[٨٦] معيار ذاتي يتبع حالة الشخص والظروف التي تحيط به . وعلى هذا أوضح المشرع في المادة ٤٧ أنه يجب عند التقدير « مراعاة السن والذكورة والأنوثة وحالة الأشخاص

= الالتزامات بصورة عامة ، الجزء الأول نبذة رقم ٣٢٠ صفحة ٥١٥ وما يليها – ونقض فرنسي قرار ٢٧ ابريل ١٨٨٧ دالوز ١٨٨٨ – ١ – ٢٦٣ .

٨٤ راجع المادة ٢١٠ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

٨٥ راجع نبذة رقم ٦٤ أعلاه .

٨٦ راجع نبذة رقم ٧٣ أعلاه .

ودرجة تأثرهم » . فما يرهب الحدث قد لا يرهب الكهل ، وما يخيف المرأة ربما لا يخيف الرجل ، وما يخشاه الجاهل أو المريض قد لا يخشاه المثقف أو صحيح الجسم .

(ج) ويلاحظ أن المادة ١١١٢ من القانون المدني الفرنسي تنص على أن الخوف الذي يعتد به هو الخوف من تعريض النفس أو المال « لخطر جسيم حال » (mal considérable et présent) . فكأن المشرع الفرنسي اشترط في الخطر الذي يهدد المكرَه أن يقع حالاً بحيث إذا كان الخطر مستقبلاً تيسر للمرء أن يدرأه فلا تتحقق معه فكرة الاكراه .

ولكن الفقه الفرنسي ذهب لحسن الحظ مذهباً آخر واعتبر أن الذي يعتد به ليس كون الخطر وشيكاً أو مستقبلاً وإنما تأثر إرادة المكرَه أو عدم تأثرها آنياً بالتهديد الموجه إليه . لذلك انتهى الفقه في تفسير النص الوارد في المادة ١١١٢ إلى أن الذي يجب أن يقع عاجلاً هو الرهبة من الخطر الذي يتهدد المكرَه ولو كان هذا الخطر آجلاً .

(د) وتجدر الاشارة إلى أن المشرع المغربي لم يشر لفكرة الخطر الحال التي أوردها المشرع الفرنسي[٨٧] . ونحن نعتقد أنه أحسن صنعاً في ذلك ، لأن المعول عليه في الاكراه هو الرهبة المتولدة في نفس المكرَه . فهذه الرهبة هي التي

---

٨٧ يلاحظ أن كلاً من المشرع السوري والمشرع المصري أشار إلى فكرة « الخطر المحدق » أي إلى الخطر الحال (راجع المادة ١٢٨ من القانون المدني السوري والمادة ١٢٧ من القانون المدني المصري) .

يجب أن تكون حالة عاجلة . وقد تكون كذلك ولو أن الخطر المهدَد به المكرَه والذي ولد الرهبة في نفسه كان خطراً آجلاً .

٨٥ – **يعتد بالاكراه سواء وقع على المتعاقد بالذات أم وقع على الغير :**

(آ) لا يشترط في الخطر الذي يولد الرهبة في النفس أن يكون واقعاً على المتعاقد نفسه بل يمكن أن يكون الخطر محدقاً بشخص آخر يحرص هذا المتعاقد على إنقاذه . وقد ورد بهذا المعنى في المادة ٥٠ من قانون الالتزامات والعقود أن « الإكراه يخول الإبطال ولو وقع على شخص يرتبط عن قرب مع المتعاقد بعلاقة الدم » .

وجدير بالذكر أن المادة ١١١٣ من القانون المدني الفرنسي نصت على أن « الاكراه يكون سبباً في إبطال العقد ، لا عندما يقع على المتعاقد فحسب بل أيضاً إذا وقع على زوجه أو زوجته أو على أحد أُصوله أو فروعه » . وإزاء هذا النص ذهب فريق من الفقهاء إلى أن الخطر المحدق بالغير ، حتى يتحقق معه الاكراه يجب أن يهدد حصرا الزوج أو الزوجة أو الأصول أو الفروع . أما إذا هدد الخطر غير هؤلاء فلا إكراه . ولكن الرأي الراجح توسع في تفسير النص فاعتبر التعداد الوارد فيه على سبيل المثال لا على سبيل الحصر وأفتى بأن الخطر إذا كان يهدد أحداً ممن ورد ذكره في النص قامت قرينة على تحقق الاكراه لدى المتعاقد ، وإذا كان يهدد أحداً غيرهم وجب أن يثبت المتعاقد أن الخطر الذي هدد هذا الغير قد بعث في نفسه الرهبة وأثر فيه إلى حد الاكراه[٨٨] .

---

٨٨ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٩٠ صفحة ٤٧ .

وقد أحسن المشرع المغربي إذ استعاض عن التعداد الوارد في المادة ١١١٣ من القانون المدني الفرنسي بعبارة عامة جعلت الاكراه يخول الإبطال إذا وقع على أي شخص « يرتبط عن قرب مع المتعاقد بعلاقة الدم » تاركاً بذلك للقضاء سلطة واسعة في تكييف مثل هذا الارتباط .

(ب) غير أنه لا بد من التساؤل عن أثر الخطر إذا هدد شخصاً بعيد القرابة عن المتعاقد أو هدد شخصاً لا يمت إليه بأي صلة من صلات القربى . هل نعتبر النص الوارد في المادة ٥٠ قد حصر الاعتداد بالاكراه عندما يكون الخطر محدقاً بمن يرتبط بالمتعاقد عن قرب بعلاقة الدم ، أم نتوسع في تفسير النص على غرار ما ذهب إليه الرأي الراجح في فرنسا في معرض تفسير المادة ١١١٣ من القانون المدني .

إننا نعتقد أن العبرة يجب أن تكون قبل كل شيء للرهبة التي تولدت في نفس المتعاقد ولما يتركه الخطر المحدق بالغير من أثر في نفسه . فقد يكون قريب بعيد القرابة أغلى على المتعاقد من قريب الصق به . وقد يكون شخص غريب لا يرتبط به برابطة القرابة أعز عليه من شخص قريب . وقد يحرص على إنقاذ هذا الغريب أو ذاك القريب البعيد القرابة من الخطر المحدق به ، أكثر من حرصه على أن ينقذ منه شخصاً يرتبط به عن قرب بعلاقة الدم . لذلك نرجح عدم إضفاء طابع حصري على المادة ٥٠ وبالتالي الاعتداد بما يتركه الخطر المحدق بالغير من أثر في نفس المتعاقد أياً كان هذا الغير على أن يترك للقاضي تقدير كل حالة في ضوء ظروفها الخاصة وعلى أن يعتبر الخطر المهدد أحداً ممن « يرتبط عن قرب مع المتعاقد بعلاقة الدم » قرينة على تحقق الاكراه – قابلة

طبعاً للبينة المعاكسة – ، وأن يطلب من المتعاقد ، في الحالة التي يكون فيها الخطر محدقاً بأحد من غير هؤلاء ، أن يقيم الدليل على أن الخطر الذي هدد هذا الغير قد بعث في نفسه الرهبة إلى حد الاكراه .

٨٦ – **الشرط الثالث : كون الرهبة المتولدة في نفس المكره هي التي دفعته إلى التعاقد** : لا يعتد بالاكراه ولا يجوز بالتالي للمتعاقد المكره الطعن بالعقد الذي أبرمه إلا إذا كان قد تعاقد تحت تأثير الرهبة التي تولدت في نفسه . فوسيلة الضغط التي كان عرضة لها سواء كانت وسيلة حسية أم كانت وسيلة نفسية لا يعتد بها لذاتها وإنما الذي يعتد به هو الأثر الذي تخلفه هذه الوسيلة لدى المتعاقد والرهبة التي تولدها في نفسه فيضطر إلى التعاقد اضطراراً . وقد أبرزت المادة ٤٧ من قانون الالتزامات والعقود هذا الشرط وقدمته في الترتيب على غيره عندما قالت إن « الاكراه لا يخول إبطال الالتزام إلا :

١ – إذا كان هو الدافع اليه .

٢ – إذا قام على وقائع من طبيعتها أن تحدث لمن وقعت عليه ألماً جسمياً أو اضطراباً نفسياً أو الخوف من تعريض نفسه أو شرفه أو أمواله لضرر كبير ... »

ويعود طبعاً لقاضي الموضوع تقدير ما إذا كانت الرهبة هي التي حملت المكرَه على التعاقد فيقضي عندها بإبطال العقد .

أما إذا لم يكن الإكراه هو الدافع إلى التعاقد ، بل اقتصر أثره على التعجيل مثلاً في إبرام العقد الذي كان المتعاقد مصمماً على إبرامه ، فإنه لا يشكل عيباً للإرادة يجيز إبطال العقد ، وإنما يقف عند حد اعتباره عملاً غير مشروع

يترتب عليه ، شأنه شأن التدليس غير الدافع ، إعطاء المكرَه المتضرر الحق في المطالبة بالتعويض عملاً بأحكام المسؤولية التقصيرية .

٨٧ – **الشرط الرابع : كون المقصود من الرهبة المتولدة في نفس المكره تحقيق غرض غير مشروع** : لا بد كي يتحقق الاكراه ، أن يكون المقصود من الرهبة المتولدة في نفس المتعاقد المكره الوصول إلى غرض غير مشروع ، لا فرق بين أن تكون وسيلة الاكراه التي اتبعت مشروعة أو غير مشروعة . أما إذا كان الضغط يهدف تحقيق غرض مشروع فلا تتحقق فكرة الاكراه حتى لو كانت وسيلة الضغط غير مشروعة . وقد أشار المشرع المغربي إلى هذا الشرط في معرض تعريفه الاكراه في المادة ٤٦ حيث تحدث عن « ضغط يباشر من غير أن يسمح به القانون » .

(آ) فهكذا يتحقق الاكراه إذا استعمل أحد وسيلة مشروعة كالتهديد بالمطالبة القضائية أو باتخاذ اجراءات قانونية للوصول إلى غرض غير مشروع ، كأن يهدد دائن مدينه بشهر إفلاسه أو بالقاء حجز على أمواله ما لم يتعهد بأن يدفع له أكثر مما هو مطلوب منه ، أو كأن يفاجيء المشتري بائعه وهو يغش البضاعة المبيعة فيهدده بالتبليغ عن الجريمة إن لم يدفع له مبلغاً طائلاً دون وجه حق[٨٩] . وقد أشار المشرع إلى هذه الوضعية في المادة ٤٨ حيث قال : «الخوف

---

٨٩ كولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٤٣ صفحة ٤٠ – وجوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٨٦ صفحة ٤٥ – دوموغ ، الالتزامات بصورة عامة الجزء الأول نبذة رقم ٣٠٨ صفحة ٤٩٩ وما يليها ، ونبذة رقم ٣٠٩ صفحة ٥٠١ وما يليها .

الناتج عن التهديد بالمطالبة القضائية أو عن الاجراءات القانونية الأُخرى يسوغ الإبطال إذا استغلت حـالة المتعاقد المهدد بحيث تنتزع منه مزايا مفرطة أو غير مستحقة » .

ويتحقق كذلك الاكراه ، من باب أولى ، إذا استخدمت وسيلة غـير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع كما لو هدد شخص غيره بخطف ابنه أو بإفشاء سر محرج والتشهير بـه إن لم يبرم معـه صفقة لا يلزمه عليها القانون .

(ب) ولكن الاكراه لا يتحقق إذا كانت الوسيلة مشروعة واستخدمت للوصول إلى غرض مشروع ، كأن يهدد دائن استحق دينه ، بالتنفيذ على مدينه أو بشهر إفلاسه إن لم يبادر المدين إلى دفع الدين أو إلى تقديم رهن يضمن حق الدائن[٩٠] . وهذا ما يستفاد بوضوح من المدلول المعاكس للمادة ٤٨ : فهذه المادة ، إذ سوغت الإبطال للخوف الناتج عن المطالبة القضائية أو عن الاجراءات القانونية فيما إذا استغلت حالة المتعاقد المهدد بحيث تنتزع منه مزايا مفرطة أو غير مستحقة ، تكون بالضرورة منعت الإبطال إذا استعمل التهديد بالمطـالبة القضائية أو باتخاذ الاجراءات القانونية ، لتحقيق غرض مشروع .

وكذلك لا يتحقق الاكراه إذا كانت الوسيلة غير مشروعة وأُريد بهـا الوصول إلى غرض مشروع كما لو هددت امرأة رجلاً عاشرها مدة من الزمن

---

٩٠ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٨٦ صفحة ٤٥ – كولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٤٣ صفحة ٤٠ – ودوموغ ، الالتزامـات بصورة عامة الجزء الأول نبذة رقم ٣٠١ صفحة ٤٩٩ وما يليها ونبذة رقم ٣٠٩ صفحة ٥٠١ وما يليها ونبذة رقم ٣١٧ صفحة ٥١٢ وما يليها .

بالتشهير به عند خطيبته إذا لم يعوض عليها عما أصابها من ضرر بسبب علاقتهما السابقة[٩١] . ولكن يشترط أن لا ترتقي الوسيلة غير المشروعة إلى درجة الجريمة التي يعاقب عليها القانون كالضرب أو التعذيب أو التهديد بالقتل . ففي مثل هذه الحالة يتحقق الاكراه ويمكن إبطال العقد[٩٢] .

المطلب الرابع

في الغبـن

٨٨ – **تعريف وإيضاح** : الغبن هو التفاوت وانتفاء التوازن بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه مقابل ما يعطيه في عقود المعاوضة . مثال ذلك البيع بثمن بخس حيث يلحق الغبن بالبائع أو بثمن باهظ حيث يلحق الغبن بالمشتري . والمتعاقد المغبون الذي يعطي أكثر مما يأخذ ، غالباً ما يفعل ذلك ، لأنه واهم أو مخدوع في قيمة ما يأخذ بحيث تكون إرادته معيبة بما يقرب من الغلط أو التدليس .

ومن الرجوع إلى نص المادتين ٥٥ و ٥٦ من قانون الالتزامات والعقود اللتين خصهما المشرع للغبن يتبين أن القاعدة في التقنين المغربي أن الغبن المجرد عن التدليس لا يكفي لابطال العقد . وليس لهذه القاعدة سوى استثناء واحد هو الحالة التي يلحق فيها الغبن بالقاصر أو بناقص الأهلية حيث يكون الغبن وحده سبباً للإبطال .

---

٩١ دوموغ ، نظرية الالتزامات بصورة عامة الجزء الأول نبذة رقم ٣١٨ صفحة ٥١٤ .

٩٢ دوموغ ، نظرية الالتزامات بصورة عامة الجزء الأول نبذة رقم ٣١٨ صفحة ٥١٣ .

٨٩ - **توافق أحكام التقنين المغربي مع مبادئ الشريعة ومع أحكام التقنين الفرنسي** : إن أحكام التقنين المغربي في الغبن مستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية وهي تتفق إلى حد بعيد مع الاحكام المقررة في القانون المدني الفرنسي .

ففي الشريعة الإسلامية الغبن المجرد عن التغرير لا يعيب العقد إلا في حالات استثنائية محددة كما إذا وقع الغبن في حق شخص قاصر أو حق الوقف أو حق بيت المال .

وفي القانون المدني الفرنسي قررت المادة ١١١٨ مبدأ عدم اعتبار الغبن المجرد عيباً إلا في حالات استثنائية : ذلك أن التقنين الفرنسي لم يقتصر على الاعتداد بالغبن كسبب للإبطال فقط في الحالة التي يقع فيها الغبن بحق قاصر[٩٣] كما فعل التقنين المغربي ، بل هو إلى جانب هذه الحالة أقر حالات أخرى يكفي فيها الغبن المجرد لإبطال العقد حتى لو كان المغبون كامل الأهلية ، كما في القسمة التي يمكن إبطالها لغبن يزيد على الربع[٩٤] ، أو كما في البيع العقاري حيث يجوز إبطاله لغبن يلحق بالبائع إذا زاد على سبعة من أصل اثني عشر[٩٥] .

٩٠ - **مخطط البحث** : سنبحث بادئ ذي بدء في القاعدة العامة التي تقول بعدم الاعتداد بالغبن المجرد كسبب للإبطال ، ثم نبحث في حالة

---

٩٣ المادة ١٣٠٥ من القانون المدني الفرنسي .

٩٤ المادة ٨٨٧ من القانون المدني الفرنسي .

٩٥ المادة ١٦٧٤ وما يليها من القانون المدني الفرنسي .

الغبن الذي يرافقه التدليس حيث يجوز الإبطال ، ثم نعرض للحالة الاستثنائية التي يكون فيها الغبن المجرد كافياً للإبطال ، ثم نعرف بالنظرية الحديثة للغبن القائمة على فكرة الاستغلال .

٩١ - **القاعدة العامة أن الغبن المجرد لا يخول الإبطال** : الأصل في التشريع المغربي أن الغبن المجرد لا يعيب العقد ولا يخول الإبطال . فإذا ما اشترى شخص مثلاً ساعة راقت له بثمن يعادل ضعف قيمتها ممن لا يقبل أن يبيعها إلا بهذا الثمن ، فليس له ، إذ يتبين له الغبن أن يطعن بالبيع ويلتمس من القانون حمايته . فالقانون ليس من شأنه أن يحرص على إقامة توازن اقتصادي بين المتعاقدين ، لأن فيما فطر عليه الناس من غيرة على مصالحهم الخاصة ومنافعهم الذاتية ما يكفل إقامة هذا التوازن فيما بينهم بصورة أفضل مما لو أراد القانون أن يتدخل في إقامته . وإنما مهمة القانون أن يحرص على إقامة تكافؤ قانوني بين المتعاقدين بأن يكون كل منهما كامل الأهلية حر الارادة . فإذا اختل هذا التكافؤ القانوني اختلالاً من شأنه أن يضر بمصلحة أحد المتعاقدين ، تدخل القانون عندئذ لحمايته كما في حالة نقص الأهلية أو كما في عيوب الرضى الثلاثة التي سبق لنا البحث فيها .

٩٢ - **الغبن المقرون بالتدليس يخول الإبطال** : (آ) إذا اقترن الغبن بالتدليس فإنه يعتد به ويصلح أساساً للطعن بالعقد وإبطاله : فإذا ما اشترى مثلاً شخص أرضاً معدة للبناء بثمن باهظ نتيجة وسائل احتيالية استعملها البائع كأن يكون أطلع المشتري على كتب مزورة يعرض فيها أصحابها شراء الأرض بأكثر من الثمن الذي يطلبه البائع من المشتري الحالي ، جاز لهذا المشتري الطعن

بعقد البيع والمطالبة بإبطاله للغبن الذي لحق به نتيجة تدليس البائع . وهذا ما قررته المادة ٥٥ بقولها « الغبن لا يخول الإبطال إلا إذا نتج عن تدليس الطرف الآخر أو نائبه أو الشخص الذي تعامل من أجله ... »

(ب) ورب سائل يتساءل وما فائدة إقرار المشرع جواز إبطال العقد للغبن المقرون بالتدليس ، ما دام يمكن الطعن بالعقد للتدليس فحسب .

الجواب هو أن التدليس قد لا يكون دافعاً إلى التعاقد بل مقتصراً على إغراء المتعاقد – الذي كان مصمماً على التعاقد – بالقبول بشروط أشد أو بمنح بعض ميزات للمتعاقد الآخر . ففي هذه الحالة ، وكما سبق لنا بيانه في معرض التفريق بين التدليس الدافع والتدليس غير الدافع أو العارض(٩٦) ، يقف التدليس عند حد كونه عملاً غير مشروع ، ولا يمنح إلا الحق بالمطالبة بالتعويض على ما هو مقرر في المادة ٥٣ . أما إذا اقترن هذا التدليس العارض بالغبن فإن العقد يعتبر معيباً وتجوز المطالبة بإبطاله عملاً بالمادة ٥٥ .

ففائدة إقرار المشرع جواز إبطال العقد للغبن المقرون بالتدليس تتجلى إذن في حالات التدليس العارض حيث لا يخول التدليس وحده إبطال العقد .

٩٣ – استثناء الغبن المجرد يعيب العقد ويخول الإبطال : لقد نص المشرع على هذا الاستثناء في المادة ٥٦ حيث قرر أن الغبن المجرد يكفي وحده لإبطال العقد إذا لحق بقاصر أو ناقص أهلية حتى لو تعاقد بمعونة وصيه أو مساعده القضائي وفقاً للأوضاع التي يحددها القانون . فلو عقد القاصر شراءً بإذن

---

٩٦ راجع نبذة رقم ٧٤ أعلاه .

من نائبه الشرعي ، وكان الثمن الذي أداه القاصر باهظاً وبلغ التفاوت بين هذا الثمن وبين قيمة الشيء الحقيقية حد الغبن ، وقع عقد الشراء متعيباً وجاز إبطاله للغبن .

وقد حدد المشرع الغبن بما يزيد على الثلث بين الثمن المذكور في العقد والقيمة الحقيقية للشيء .

أما فيما عدا هذا الاستثناء المقرر لمصلحة القاصر وناقص الأهلية ، فإنه يجب الرجوع إلى القاعدة العامة المقررة في المادة ٥٥ وهي أن الغبن لا يعتد به كسبب للإبطال إلا إذا رافقه التدليس .

وبهذا يختلف التقنين المغربي عن التقنين الفرنسي الذي لا يقتصر على الاعتداد بالغبن المجرد لإبطال تصرفات ناقص الأهلية ، بل هو يعتد أيضاً بهذا الغبن لإبطال بعض التصرفات ولو أن من أجراها كان متمتعاً بكامل أهليته ، كما في الغبن الواقع في القسمة إذا ما زاد على الربع أو الغبن اللاحق ببائع العقار إذا زادت نسبته على سبعة من أصل اثني عشر .

ومن الجدير بالذكر أن المشرع المغربي بعد أن ذكر في الفصل ١٠٨٩ أن القسمة يمكن أن يعيبها الغبن وأكد على ذلك في الفقرة الثانية من المادة ١٠٩١ ، أوضح في الفقرة الأخيرة من المادة ١٠٩١ المذكورة أنه « لا يكون للإبطال على أساس الغبن محل إلا في الحالة المنصوص عليها في المادة ٥٦ » ، وهي الحالة المتعلقة بالغبن اللاحق بالقاصر وناقص الأهلية . وعليه لا يمكن إبطال القسمة للغبن المجرد ، في التشريع المغربي ، إلا إذا كان المتقاسم المغبون قاصراً أو ناقص الأهلية .

٩٤ – النظرية الحديثة للغبن : الغبن الاستغلالي : النظرية التقليدية للغبن تقتصر على الاعتداد بالغبن كعيب للعقد في بعض التصرفات بعوض على وجه الاستثناء . ثم هي إلى جانب ذلك تقوم على معيار مادي يتبلور بمقياس الغبن برقم معين : مثلاً بما يزيد على الثلث في قانون الالتزامات والعقود المغربي ، وبما يزيد على الربع في القسمة في القانون المدني الفرنسي .

أما النظرية الحديثة فهي تعتد بالغبن في جميع التصرفات ، شأن الغبن في ذلك شأن سائر عيوب الرضى الأخرى . ثم هي إلى جانب ذلك نظرية ذاتية تقوم على فكرة الغبن الاستغلالي : والغبن الاستغلالي هو أن يستغل أحد المتعاقدين ضعف أو حاجة أو طيش المتعاقد الآخر ويستجره إلى عقد يغبنه فيه بحيث لا تتوازن في هذا العقد التزامات المغبون وحقوقه .

وقد أخذ التقنين الألماني[٩٧] والتقنين السويسري[٩٨] والتقنين اللبناني[٩٩] والتقنين المصري والسوري[١٠٠] بهذه النظرية الحديثة للغبن الاستغلالي، إلى جانب النظرية التقليدية للغبن المادي .

ومن الملاحظ أن نظرية الغبن الاستغلالي آخذة في الانتشار لأنها كفيلة بمواجهة حالات من الاستغلال لا تتسع نظرية الغبن التقليدية لمعالجتها وحماية المتعاقد منها .

---

٩٧ راجع المادة ١٣٨ من القانون المدني الألماني .

٩٨ راجع المادة ٢١ من قانون الالتزامات والعقود السويسري .

٩٩ راجع المادة ٢١٤ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

١٠٠ راجع المادة ١٢٩ من القانون المدني المصري والمادة ١٣٠ من القانون المدني السوري .

أما موقف المشرع المغربي من هذه النظرية فسنبينه في المطلب اللاحق الذي أعددناه لأسباب الإبطال المبنية على حالة المرض والحالات الأُخرى المشابهة .

وحسبنا هنا على سبيل الإستئناس ذكر نص المادة ١٣٠ من القانون المدني السوري المطابق حرفياً لنص المادة ١٢٩ من القانون المدني المصري :

« ١ – إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعـاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد .

٢ – ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة .

٣ – ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن » .

المطلب الخامس

في حالة المرض والحالات الأُخرى المشابهة

الغبن الاستغلالي

٩٥ – **نظرة إيضاحية** : إن المشرع المغربي لم يكتف بإقرار عيوب

الرضى التقليدية وهي الغلط والتدليس والاكراه والغبن ، بل هو منح القاضي في المادة ٥٤ حق إبطال العقود المعقودة في حالة المرض والحالات الأُخرى المشابهة .

والمشرع المغربي ، إذ منح القاضي هذا الحق ، لم يقيده بقيد ، بل ترك الأمر لسلطته وتقديره .

٩٦ – **الإبطال بسبب حالة المرض** : (آ) قد يبرم شخص عقداً وهو في حالة المرض ويستطيع القاضي إبطال هذا العقد للإكراه لأن المريض قد عقده وهو تحت وطأة الإكراه : فهكذا لو عمدت خادمة إلى منع الاسعافات الضرورية عن مخدومها العاجز المريض لتحمله على أن يهبها مبلغاً من المال مقابل تقديم هذه الاسعافات إليه ، أمكن الطعن بهذه الهبة للإكراه[١٠١] . وهكذا أيضاً لو استغل طبيب وضع مريض بحاجة إلى عملية ملحة تتطلب نوعاً من المصل يحتكره هذا الطبيب ، واشترط لاجراء العملية مبلغاً باهظاً من المال وقبل المريض بشروط الطبيب مضطراً ، أمكن إبطال العقد للإكراه ، على أن يكون طبعاً للطبيب حق استيفاء أجرٍ عادل[١٠٢] .

(ب) وقد يبرم شخص عقداً في حالة مرض ويغبن فيه غبناً فاحشاً ولا يستطيع القاضي إبطال هذا العقد للإكراه أو للغبن لعدم توافر شروطهما . ومع ذلك فالعقد جائز لأن التزامات المريض أو الفائدة التي حصل عليها بنتيجة العقد ، لا تتكافأ والتزامات الطرف الآخر ، وتتولد القناعة لدى القاضي أن العقد

---

١٠١ دوموغ ، الالتزامات بصورة عامة ، الجزء الأول نبذة رقم ٣٠٦ صفحة ٤٩٧ .

١٠٢ دوموغ ، الالتزامات بصورة عامة ، الجزء الأول نبذة رقم ٣١١ صفحة ٥٠٦ .

ما كان ليبرم لو أن المتعاقد لم يوجد في حالة المرض التي استغلها المتعاقد الآخر لحمل المريض على التعاقد . ففي مثل هذا الوضع يستطيع القاضي بالاستناد إلى السلطة التقديرية التي منحه إياها المشرع في المادة ٥٤ ، أن يقرر إبطال العقد إذا ما طلب منه ذلك .

٩٧ – **الإبطال بسبب حالات أخرى مشابهة لحالة المرض** : يقصد بالحالات المشابهة لحالة المرض حالات يوجد فيها الشخص تجعله أقرب للمريض ضعيف التفكير منه لسليم الجسم صحيح العقل والإدراك كما في الطيش الجارف أو الهوى الجامح أو الحاجة الماسة أو عدم الخبرة . فإذا تعاقد شخص وهو في حالة من هذه الحالات ، وتبين أن الالتزامات المترتبة عليه بموجب العقد لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه من فائدة أو مع التزامات المتعاقد الآخر الذي استغل الوضع ، واستحال إبطال العقد للتدليس أو الإكراه أو الغبن لعدم توافر شروط عيب من هذه العيوب جاز للقاضي ، بما أولاه المشرع من سلطة تقديرية في المادة ٥٤ ، أن يعمد إلى إبطال العقد بطلب من الطرف المغبون .

٩٨ – **قانون الالتزامات والعقود يأخذ بنظرية الغبن الاستغلالي** : (آ) إن النظرية الحديثة للغبن ترتكز على فكرة الغبن الاستغلالي . والغبن الاستغلالي يقوم على استغلال أحد المتعاقدين مرض أو ضعف أو حاجة أو طيش المتعاقد الآخر واستجراره إلى التعاقد على أسس يظهر فيها البون شاسعاً بين ما ينشأ للمغبون من حقوق وما يترتب عليه من التزامات .

(ب) فهذه النظرية الحديثة للغبن يمكن في رأينا تطبيقها في المغرب في

الحالات التي تقضي التشريعات الحديثة بوجوب الأخذ بها ، وذلك استناداً إلى ما ورد في المادة ٥٤ من أن « أسباب الإبطال المبنية على حالة المرض والحالات الأُخرى المشابهة متروكة لتقدير القضاة » . ففي ضوء هذا النص ، إذا كان أحد المتعاقدين قد استغل مرض المتعاقد الآخر أو ضعفه أو طيشه البين أو هواه الجامح أو حاجته الماسة وأبرم معه عقداً لا تتعادل فيه التزامات الطرفين ، بل ينطوي على غبن أحدهما غبناً فاحشاً ، فإن الطرف المغبون غبناً استغلاليـاً يسوغ له المطالبة بإبطال العقد ، ولا سيما أن المشرع منح القاضي سلطة واسعة في هذا المجال وترك تقرير الإبطال لرأيه وتقديره .

(ج) ويؤيد ما ذهبنا إليه ، أن المشرع المغربي نفسه ، قد اعتبر في المادة ٨٧٨ استغلال المقرض حاجة المستقرض أو ضعف ادراكه أو عدم تجربته لحمله على القبول بفوائد أو منافع تتجاوز إلى حد كبير السعر العادي للفوائد وقيمة الخدمة المؤداة ، من قبيل الغبن الاستغلالي الذي يجوز معه إبطال الشروط والاتفاقات المتضمنة منح المقرض فوائد أو منافع فاحشة . بل إن المشرع المغربي ، ناهجاً في ذلك نهج المشرع الألماني ، اعتبر الغبن الاستغلالي في مثل هذه الحالة ماساً بالنظام العام إذ أجاز للمحكمة أن تقرر البطلان من نفسها .

وجدير بالملاحظة أن المادة ٨٧٨ لا تحتم على المحكمة إبطال الشروط والاتفاقات المشوبة بالغبن الاستغلالي ، بل أجازت لها ، كما تقضي بذلك النظرية الحديثة[١٠٣] ، أن تكتفي بانقاص التزامات المستقرض بحيث يرفع الغبن عنه .

---

١٠٣ راجع نص المادة ١٢٩ من القانون المدني المصري والمادة ١٣٠ من القانون المدني السوري في النبذة رقم ٩٤ أعلاه .

وبدهي أن حق المحكمة في انقاص التزامات المتعاقد المغبون قاصر ، في التشريع المغربي ، على حالة الغبن الاستغلالي في عقود القرض ليس إلا . أما في حالات الغبن الاستغلالي في غير عقود القرض ، فليس أمام المحكمة سوى تقرير الإبطال عملاً بالمادة ٥٤ ولا يستطيع القاضي ، إذا ما طلب منه الحكم بالإبطال استناداً للمادة المذكورة ، أن يجنح إلى إنقاص التزامات الطرف المغبون ، لانتفاء نص يخوله ذلك .

(د) وبالنظر لما لفكرة الغبن الاستغلالي من أهمية وفائدة في الحياة العملية ، فاننا نأمل أن يعمد المشرع المغربي ، في أول مناسبة تتيحها له الظروف، إلى تقنين نظرية الغبن الاستغلالي بصورة عامة سواء من حيث سلطة القاضي في الخيار بين إبطال العقد أو إنقاص التزامات الطرف المغبون ، أم من حيث المدة التي يجب أن تقام خلالها الدعوى ، أم من حيث منح الطرف المقامة عليه دعوى الإبطال ، في عقود المعاوضة ، أن يتوقى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن .

الفرع الثاني

الأهلية

٩٩ – **تعريف وإيضاح** : الأهلية نوعان : أهلية وجوب وأهلية أداء .

فأهلية الوجوب (capacité de jouissance) هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق والالتزامات له وعليه . وهي ملازمة للشخصية تثبت للإنسان من وقت ولادته حياً إلى حين وفاته ، بل وتبدأ قبل ذلك للجنين في حدود معينة .

وأما أهلية الاداء (capacité d'exercice) فهي صلاحية الشخص لممارسة التصرفات والحقوق والتحمل بالالتزامات على وجه يعتد به قانوناً .

وأهلية الأداء هي التي تعنينا لأن بحثنا إنما هو يتعلق بأهلية التعاقد ، أو بصورة أعم بأهلية الالتزام .

وقد خص قانون الالتزامات والعقود لأهلية الالتزام المواد ٣ إلى ١٣ مشيراً في مطلع المادة الثالثة إلى أن « الأهليـــة المدنية للفرد تخضع لقـــانون أحواله الشخصية »، وموضحاً مباشرة بعد ذلك أن «كل شخص أهل للالزام والالتزام ما لم يصرح قانون أحواله الشخصية بغير ذلك » .

والمقصود بقانون الأحوال الشخصية في المغرب الذي أحال عليـــه قانون الالتزامات والعقود ، « مدونة الأحوال الشخصية » وعلى الوجه الأخص الكتاب الرابع من المدونة المذكورة المتعلق بالأهلية والنيابة الشرعية (أي المواد ١٣٣ إلى ١٧٢) .

١٠٠ - **مخطط البحث** : الأصل في الشخص أنه كامل الأهلية ما لم يصرح القانون بعكس ذلك . فعلينا إذن أن نبدأ بتقرير هذه القاعدة . ثم علينا أن نعرض للحالات التي نص عليها القانون والتي تسلب أو تنقص فيها الأهلية وأثر فقدان الأهلية ونقصانها على التصرفات . ثم لما كان القانون أجاز للقاصر الذي أتم الخامسة عشرة من عمره أن يؤذن له بتسلم أمواله لإدارتها ، فإنه لا بد لنا من بيان الأحكام المتعلقة بالمميز المأذون :

وعليه سنقسم هذا الفرع إلى أربعة مباحث :

المبحث الأول : الأصل في الشخص كمال الأهلية .

المبحث الثاني : فقدان الأهلية وأثره في التصرفات .

المبحث الثالث : نقصان الأهلية وأثره في التصرفات .

المبحث الرابع : حكم المميز المأذون .

المبحث الأول

الأصل في الشخص كمال الأهلية

١٠١ – **تقرير القاعدة** : نصت الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون الالتزامات والعقود على أن « كل شخص أهل للالزام والالتزام ما لم يصرح قانون أحواله الشخصية بغير ذلك » . فالأصل إذن كمال الأهلية في الإنسان ، بحيث لا يعتبر أحد فاقد الأهلية أو ناقصها إلا بمقتضى نص في القانون .

ولما كان كمال الأهلية لدى المتعاقد هو الوضع الثابت أصلاً ، فإن على من يدعي عدم الأهلية أن يثبت ما يدعيه . فإذا قامت البينة على فقدان الاهلية أو نقصها كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال ، ولا يسمع من الطرف الآخر احتجاجه بأنه كان يعتقد أن من يتعاقد معه كامل الاهلية .

١٠٢ – **أحكام الأهلية لها مساس بالنظام العام** : إن أحكام الأهلية تتعلق بالنظام العام وتجب مراعاتها وفق ما قرره المشرع . وعليه لا يجوز عن طريق الاتفاق منح شخص أهلية لا يتمتع بها بحكم القانون أو حرمانه من أهلية يخولها له القانون . فإذا اتفق مثلاً شخص رشيد مع آخر على النزول عن أهليته في

التصرف في عقار له ، كان هذا النزول باطلاً . وإذا باع قاصر عقاراً وتعهد للمشتري بعدم الطعن في البيع بعد بلوغه سن الرشد ، كان تعهده كذلك باطلاً . وإذا وافق النائب الشرعي على أن يعتبر القاصر راشداً ويسلمه أمواله لإدارتها والتصرف فيها مذ بلوغه سن الخامسة عشرة ، وكان القانون يحدد سن الرشد بإحدى وعشرين سنة ، كانت هذه الموافقة عديمة الجدوى ومجردة من آثارها القانونية .

وبعض التقنينات كالقانون المدني المصري[١٠٤] والقانون المدني السوري[١٠٥] أوردت نصاً صريحاً في هذا الخصوص يقول : « ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا التعديل في أحكامها » . وهذه قاعدة مسلم بها يجب تطبيقها حتى ولو لم يرد عليها نص .

المبحث الثاني

فقدان الأهلية وأثره في التصرفات

١٠٣ – **حالات فقدان الأهلية** : ورد النص على حالات فقدان الأهلية في المادة ١٣٤ من مدونة الأحوال الشخصية . فقد جاء في المادة المذكورة « لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو جنون » .

---

١٠٤ راجع المادة ٤٨ من القانون المدني المصري .

١٠٥ راجع المادة ٥٠ من القانون المدني السوري .

فهناك إذن حالتان يعتبر فيهما الشخص فاقد الأهلية : حالة الصغير غير المميز ، وحالة المجنون .

١٠٤ – (آ) **حالة الصغير غير المميز** : الصغير غير المميز هو الصغير الذي لم يتم الثانية عشرة من عمره (المادة ١٣٨ من مدونة الأحوال الشخصية) .

وقد اعتبر المشرع الصغير غير المميز عديم أهلية الأداء انعداماً مطلقاً ، فنص في المادة ١٣٩ من مدونة الأحوال الشخصية على أنه « ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله وتكون جميع تصرفاته باطلة » .

فالصغير غير المميز ممتنع عليه إذن مباشرة حقوقه المدنية والتصرف في أمواله ، وكل تصرف يقدم عليه لا يعتد به إطلاقاً ويكون باطلاً .

وتجدر الاشارة إلى أن سلب أهلية الصغير غير المميز لا يحتاج إلى حجر قضائي . فهو يعتبر محجوراً بطبيعته لأن صغره هو آية كافية في التنبيه إلى فقدان أهليته كي يتجنب الناس التعاقد معه . لذا نصت المادة ١٣٨ من المدونة على أن الصغير غير المميز « يعتبر فاقد التمييز حكماً » .

١٠٥ – (ب) **حالة المجنون** : المجنون هو « فاقد العقل سواء كان جنونه مطبقاً يستغرق جميع أوقاته أو متقطعاً بحيث يعتريه فترات يثوب إليه عقله فيها » (المادة ١٤٤ من مدونة الأحوال الشخصية) .

وقد سوّى المشرع بين المجنون وبين الصغير غير المميز في الحكم من حيث فقدان الأهلية ، فنص في المادة ١٣٤ من المدونة على أنه « لا يكون أهلاً لمباشرة

حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو جنون » .

ولكن بينما يكون الصغير محجوراً بطبيعته ، فإن المجنون لا بد من حجره قضائياً بعد التثبت من حالته أصولاً ، وذلك ليشهر الجنون ويعلم به الناس . وعلى هذا نصت المادة ١٤٥ من المدونة على أن « المجنون يحجر عليه من وقت ثبوت حالته بذلك ويرفع عنه الحجر من وقت زوال الجنون حسب القواعد الواردة في هذه المدونة . ويعتمد القاضي في ذلك أهل المعرفة وسائر وسائل الاثبات الشرعية » .

فإذا ما تقرر الحجر على المجنون فكل تصرف يجريه بعد الحجر يكون قابلاً للإبطال .

ولرب معترض يقول إن المدونة سوّت في المادة ١٣٤ بين الصغير غير المميز وبين المجنون من حيث فقدان أهليتهما لمباشرة الحقوق المدنية ، وإنه يجب إذن اعتبار التصرفات التي يجريها المجنون بعد ثبوت جنونه والحجر عليه باطلة شأن تصرفات الصغير غير المميز . مثل هذا الاعتراض كان وارداً حقاً لولا أن المادة ١٤٦ من المدونة سوت في الحكم بين تصرفات المجنون وتصرفات السفيه من حيث اعتبار هذه وتلك غير نافذة ، إذا صدرت في حالة الجنون أو السفه . فإزاء هذا النص الصريح ، لا يسعنا إلا أن نعتبر التصرفات التي يجريها المجنون بعد حجره قابلة للإبطال لا باطلة .

١٠٦ – **حكم التصرفات التي يجريها المجنون قبل حجره** : اختلف فقهاء المالكية في تحديد الشروط الواجب توافرها لإبطال التصرفات التي يجريها المجنون قبل الحجر عليه . فالبعض قال بأن مثل هذه التصرفات لا يمكن

إبطالها إلا إذا قامت البينة على أنها ، في اللحظة التي صدرت فيها ، كان المتصرف فاقـداً عقله . والبعض الآخر أعطى للحجر شيئاً من الأثر الرجعي إذ اعتبر أنه يكفي ، لإبطال التصرف الواقع قبل الحجر ، إقامة البينة على أن سبب الحجر كان معلوماً ومشهوراً وقت إجراء التصرف المطعون فيه .

ونحن أميل إلى ترجيح النظرية الأخيرة لأن المادة ١٤٦ من المدونة تعتبر التصرفات التي يجريها المجنون غير نافذة لمجرد أنها « صدرت في حالة الجنون »، مما يوحي أن المشرع اعتـد بالظرف الذي كان فيه المجنون أكثر مما اعتد باللحظة التي وقع فيها تصرفه . يضاف إلى ذلك أن النظرية التي نقول بترجيحها أكثر حماية لمصلحة المتعاقد المجنون الذي هو أجدر بالرعاية من الطرف الآخر .

وتجدر الإشارة إلى أن التشريع المصري[١٠٦] والتشريع السوري[١٠٧] اكتفيا هما أيضاً لبطلان[١٠٨] تصرفات المجنون أو المعتوه الصادرة قبل قرار الحجر « أن تكون حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو أن يكون الطرف الآخر على بينة منها » .

١٠٧ – **ملاحظة هامة** : إن الصغير غير المميز والمجنون يعتبران فاقدا أهلية الأداء لا أهلية الوجوب التي تلازمهما كما تلازم الراشد والمتمتـع بقواه العقلية . ولما كان تمتعهما بأهلية الوجوب قد يرتب لهما حقوقاً أو يرتب عليهما

---

١٠٦ راجع المادة ١١٤ من القانون المدني المصري .
١٠٧ راجع المادة ١١٥ من القانون المدني السوري .
١٠٨ إن التشريع السوري والتشريع المصري يعتبران تصرفات المجنون والمعتوه الصادرة قبل الحجر باطلة لا قابلة للإبطال فحسب .

التزامات ، وكان يمتنع عليهما بحكم القانون مباشرة حقوقهما بنفسهما ، أصبح لزاماً أن ينوب عنهما في ذلك حسب الأحوال ولي أو وصي أو مقدم .

المبحث الثالث

نقصان الأهلية وأثره في التصرفات

١٠٨ – **حالات نقصان الأهلية** : عرضت المادة ١٣٥ من مدونة الأحوال الشخصية لحالات نقصان الأهلية فقالت : « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً يكون ناقص الأهلية » .

فهناك إذن حالتان يعتبر فيهما الشخص ناقص الأهلية : حالة الصغير المميز وحالة السفيه .

١٠٩ – (آ) **حالة الصغير المميز** : الصغير المميز هو الذي تتجاوز سنه الثانية عشرة ولم يبلغ سن الرشد . وقد حددت المادة ١٣٧ من المدونة سن الرشد بإحدى وعشرين سنة شمسية كاملة(١٠٩) .

والصغير المميز ، كالصغير غير المميز يعتبر محجوراً للصغر (الفقرة الأولى من المادة ١٣٧ من المدونة) . وهو يخضع مثله ، وبحسب الأحوال ،

---

١٠٩ يختلف التقنين المغربي عن التقنينين السوري والمصري من حيث بدء التمييز الذي حدد في التقنينين المذكورين ببلوغ السابعة ، ويتفق مع التقنين المصري من حيث تحديد سن الرشد بإحدى وعشرين سنة كاملة . ويختلف التقنين المغربي عن التقنين السوري الذي حدد سن الرشد بثمانية عشر سنة كاملة .

لأحكام الولاية أو الوصاية أو التقديم بالشروط ووفقاً للقواعد العامة (المادة ١٣٦ من المدونة) ، فينوب عنه إذن ولي أو وصي أو مقدم .

١١٠ - (ب) **حالة السفيه** : السفيه هو « المبذر الذي يصرف ماله فيما لا فائدة فيه وفيما يعده العقلاء عبثاً » (الفقرة الثانية من المادة ١٤٤ من المدونة) .

وخلافاً للصغير المميز الذي يعتبر محجوراً بطبيعته كالصغير غير المميز ، فإن السفيه يحجر عليه قضائياً كالمجنون من وقت ثبوت سفهه ويرفع عنه القاضي الحجر اعتباراً من وقت زوال السفه (المادة ١٤٥ من المدونة) .

ويخضع السفيه كالصغير المميز وكفاقدي الأهلية لأحكام النيابة الشرعية بالشروط ووفقاً للقواعد المقررة في مدونة الأحوال الشخصية فينوب إذن عنه مقدم .

١١١ - **أثر نقصان الأهلية على التصرفات** : يختلف أثر نقصان الأهلية على التصرفات باختلاف نوع التصرف . وتقسم التصرفات بهذا الشأن تقليدياً إلى ثلاث زمر : تصرفات نافعة نفعاً محضاً ، وتصرفات ضارة ضرراً محضاً ، وتصرفات تدور بين النفع والضرر .

١١٢ - (آ) **حكم التصرفات النافعة نفعاً محضاً** : يقصد بالتصرفات النافعة نفعاً محضاً التصرفات التي تثري المتصرف أو تبريء ذمته من التزام دون تحمله مقابل ذلك بأي تكليف ، كقبول هبة بلا عوض أو قبول براءة من دين عالق بالذمة . فمثل هذه التصرفات يجوز لناقص الأهلية مباشرتها بنفسه وتعتبر ،

إذا وقعت ، تصرفات صحيحة ولو جرت بمعزل عن الوصي أو الولي أو المقدم . وهذا ما أوضحته المادة الخامسة من قانون الالتزامات والعقود بقولها : « يجوز للقاصر وناقص الأهلية أن يجلبا لنفسهما نفعاً ولو بغير مساعدة الأب أو الوصي أو المقدم ، بمعنى أنه يجوز لهما أن يقبلا الهبة أو أي تبرع آخر من شأنه أن يثريهما أو يبرئهما من التزام دون أن يحملهما أي تكليف » .

١١٣ - (ب) **حكم التصرفات الضارة ضرراً محضاً** : التصرفات الضارة ضرراً محضاً هي التصرفات التي تحمل المتصرف تكليفاً دون أي كسب أو نفع يجنيه بالمقابل ، وذلك كالهبة بلا عوض بالنسبة للواهب أو كالابراء من الدين بالنسبة للدائن . فمثل هذه التصرفات يمتنع على القاصر أو ناقص الأهلية مباشرتها بنفسه ولو بإذن من نائبه الشرعي (الولي أو الوصي أو المقدم) ، كما يمتنع على النائب الشرعي مباشرتها عنه وذلك تحت طائلة الإبطال . لذا ، بعد أن نص المشرع في مطلع المادة ١٢ من قانون الالتزامات والعقود على أن « التصرفات التي يجريها في مصلحة القاصر أو المحجور عليه أو الشخص المعنوي من ينوب عنهم وفي الشكل المقرر في القانون تكون لها نفس قيمة التصرفات التي يجريها الراشدون المتمتعون بأهلية مباشرة حقوقهم » ، حرص على استثناء التصرفات الضارة ضرراً محضاً من هذه القاعدة فقال : « ولا تسري هذه القاعدة على التبرعات المحضة حيث لا يكون لها أدنى أثر ولو أجريت مع الاذن الذي يتطلبه القانون » .

١١٤ - (ج) **حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر** : يقصد بالتصرفات التي تدور بين النفع والضرر التصرفات التي يحتمل أن يكون منها

للمتصرف ربح أو خسارة كالبيع والشركة والايجار . فأهلية القاصر أو المحجور عليه بالنسبة لمثل هذه التصرفات تحدد على أساس التفريق بين أن تكون التصرفات المذكورة جرت بإذن من النائب الشرعي أو من القاضي عند الاقتضاء وبين أن تكون حصلت بدون إذن .

١١٥ – **أولاً** : فإذا أجرى القاصر أو ناقص الأهلية تصرفاً ما بإذن من نائبه الشرعي أو قام النائب الشرعي بتصرف ما بإسم من ينوب عنه مباشرة أو بعد حصوله على إذن من القاضي في الحالات التي يشترط فيها القانون إذن القاضي ، فإن مثل هذا التصرف يعتبر صحيحاً وينتج أثاره القانونية كما لو قام به شخص متمتع بكامل أهليته . وهذا ما يستنتج من المفهوم المعاكس للمادة ٤ من قانون الالتزامات والعقود وما تنص عليه صراحةً المادة ١٢ من القانون المذكور : فالمادة ٤ إذ صرحت أن القاصر أو ناقص الأهلية « إذا تعاقد بغير إذن القاضي أو الوصي أو المقدم فإنهما لا يلزمان بالتعهدات التي يبرمانها ولهما أن يطلبا إبطالها ... » ، تكون أخذت بصحة التصرفات التي يبرمها القاصر وناقص الأهلية بإذن من النائب الشرعي واعتبرت مثل هذه التصرفات ملزمة لهما . والمادة ١٢ أوضحت من جهتها أن « التصرفات التي يجريها في مصلحة القاصر أو المحجور عليه ... من ينوب عنهم وفي الشكل المقرر في القانون تكون لها نفس قيمة التصرفات التي يجريها الراشدون المتمتعون بأهلية مباشرة حقوقهم » .

١١٦ – **ثانياً** : أما إذا أقدم القاصر أو ناقص الأهلية على إجراء تصرف دون الحصول على إذن من نائبه الشرعي ، فإن تصرفه لا يكون ملزماً له ويقع

قابلاً للإبطال . وعلى هذا ورد في المادة الرابعة من قانون الالتزامات والعقود أنه « إذا تعـاقد القاصر وناقص الأهلية بغير إذن الأب أو الوصي أو المقدم ، فانهما لا يلزمان بالتعهدات التي يبرمانها ولهما أن يطلبا إبطالها ... » .

ويستدعي إبطال تصرفات القاصر أو ناقص الأهلية لعدم حصوله عـلى إذن من نائبه الشرعي الملاحظات التالية :

الملاحظة الأولى : إن الإبطال يقرر إما بطلب من النائب الشرعي (الولي أو الوصي أو المقدم) وإما بطلب من القاصر بعد بلوغه سن الرشد أو من المحجور عليه بعد رفع الحجر عنه .

وللقاصر حق المطالبة بالإبطال حتى لو كان استعمل طرقاً احتياليـة من شأنها أن تحمل المتعاقد الآخر على الاعتقاد برشده أو بموافقة نائبه الشرعي أو بكونه تاجراً (المادة ٦ من قانون الالتزامات والعقود)[١١٠] .

الملاحظة الثانية : إن حق الإبطال محصور بمن تقرر الإبطال لمصلحته أي بالقاصر وناقص الأهلية . أما من تعاقد معهما ، فلا يجوز له الاحتجاج بنقص أهليتهما للمطالبة بإبطال العقد ، على ما أكدته المادة ١٠ من قـانون الالتزامات والعقود إذ قالت « لا يجوز للمتعاقد الذي كان أهلاً للالتزام أن يحتج بنقص أهلية الطرف الذي تعاقد معه » . إنما يكون لمن تعاقد مع القاصر

---

١١٠ خلافاً للقاعدة التي تقضي بأن يكون إبطال التصرف من حق المدلس عليه ، فإن المشرع أجاز هنا،على سبيل الاستثناء ، أن يكون للقاصر المدلس حق الإبطال وذلك حمايةً له من الأضرار التي يمكن أن تلحقها به التصرفات التي يبرمها دون إذن من النائب الشرعي .

أو ناقص الأهلية الحق ، في الحالة التي يكون قد نفذ فيها هو وحده التزامه ، أن يلزم القاصر وناقص الأهلية على رد ما عاد عليهما من نفع بسبب تنفيذ هذا الالتزام . ويكون هناك نفع ، حسب ما أوضحه المشرع في المادة ٩ ، أذا استعمل القاصر أو ناقص الأهلية الشيء الذي تسلمه في المصروفات الضرورية (كوفاء دين أو شراء حاجة لا غنى له عنها أو دفع قسط مدرسي أو تعلم علم أو فن مما يزيد في ثقافته أو قدرته الانتاجية) ، أو في المصروفات النافعة (كترميم بناء أو تسوير أرض) ، أو إذا كان هذا الشيء لا زال موجوداً في ذمته المالية (كأن يكون أودع الثمن الذي قبضه في مصرف) .

الملاحظة الثالثة : إذا ما تقرر الإبطال ، فلا تطبق القاعدة العامة التي تقضي ، في حالة إبطال العقد ، بإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد (المادة ٣١٦) ، بل إن القاصر وناقص الأهلية لا يكونا ملتزمين إلا في حدود النفع الذي استخلصاه من العقد (الفقرة الأخيرة من المادة ٦)[١١١] . ويتحقق النفع ، كما سبق بيانه ، إذا أنفق القاصر أو ناقص الأهلية الشيء الذي تسلمه في المصروفات الضرورية أو النافعة أو إذا كان هذا الشيء لا زال موجوداً في ذمته المالية (المادة ٩) .

الملاحظة الرابعة : إن التصرفات التي يبرمها القاصر أو ناقص الأهلية

---

١١١ يلاحظ أن نص المادة ٦ ورد بحق القاصر وحده . ولكن المبادئ العامة تقضي بعدم التفرقة بين القاصر وناقص الأهلية بهذا الخصوص ولا سيما أن المادة ٩ سوّت بينهما في حالة مشابهة وهي الحالة التي يكون فيها الطرف الآخر قد نفذ هو وحده التزامه حيث لا يلتزم القاصر وناقص الأهلية إلا في حدود النفع الذي عاد عليهما من هذا التنفيذ .

بدون إذن يمكن تصحيحها إذا وافق عليها الولي أو الوصي أو المقدم شرط أن تصدر الموافقة على الشكل الذي يقتضيه القانون (الفقرة الثانية من المادة ٤) ، كما يمكن إجازتها من الصغير بعد بلوغه سن الرشد أو من ناقص الأهلية بعد رفع الحجر عنه (المادة ٣١٧) . وعندها تصبح هذه التصرفات صحيحة بصورة نهائية بحيث لا يسوغ طلب إبطالها .

١١٧ – **ثالثاً** : إن ما قلناه عن إبطال التصرفات التي يجريها القاصر أو ناقص الأهلية دون الحصول على إذن من نائبه الشرعي ، يطبق على أعمال التصرف (actes de disposition) التي يبرمها النائب الشرعي دون الحصول على إذن خاص بإجرائها من القاضي المختص : ذلك أن النائب الشرعي مخول بإدارة أموال القاصر أو ناقص الأهلية ومن هو مخول بإدارة أموال الغير ، لا يجوز له إجراء أي عمل من أعمال التصرف على الأموال التي يتولى إدارتها إلا بعد الحصول على إذن خاص بذلك من القاضي المختص . وعليه فكل عمل من الأعمال التي يعتبرها القانون من قبيل أعمال التصرف لا يجوز للنائب الشرعي ممارسته إلا بإذن من القاضي وإلا كان عملاً غير صحيح وبالتالي عرضة للإبطال (المادة ١١) .

أما الأعمال التي تعتبر من قبيل أعمال التصرف بالنسبة لأموال القاصر وناقص الأهلية فقد ورد تعدادها في المادة ١٥٨ من مدونة الأحوال الشخصية . ومن أهم هذه الأعمال تلك التي أشارت اليها المادة ١١ من قانون الالتزامات والعقود وهي : « البيع والمقايضة والكراء لمدة تزيد على ثلاث سنوات ، والشركة

والقسمة وإبرام الرهن[١١٢] » . وقد اعتبر المشرع أيضاً الاستمرار في تعاطي التجارة لحساب القاصر أو المحجور عليه ، عملاً خارجاً عن أعمال الادارة التي يجوز للولي أو الوصي أو المقدم ممارستها بحكم نيابته الشرعية ، وبالتالي لم يجز للنائب الشرعي القيام بمثل هذا العمل إلا إذا رخص له بذلك من قبل القاضي المختص (المادة ١٣) .

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع أوجب على القاضي أن لا يمنح الترخيص بالقيام بعمل من أعمال التصرف الوارد تعدادها في المادة ١٥٨ من مدونة الأحوال الشخصية « إلا في حالة الضرورة أو في حالة النفع البين للقاصر أو ناقص الأهلية » (الماة ١١) ، كما أوجب عليه أن لا يأذن بالاستمرار في تعاطي التجارة لحساب القاصر أو المحجور عليه إلا في حالة النفع الظاهر لهما (المادة ١٣) .

المبحث الرابع

حكم المميز المأذون

١١٨ – **من هو المميز المأذون** : الصغير المميز كما نعلم هو الذي تجاوزت سنه الثانية عشرة ولم يبلغ سن الرشد المحدد بإحدى وعشرين سنة كاملة . فهذا الصغير المميز ليس له أن يتسلم أمواله قبل بلوغه سن الرشد أو قبل ترشيده من قبل القاضي ووفق الاجراءات القانونية فيما إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأنس الوصي أو المقدم رشده (المادة ١٦٥ من مدونة الأحوال الشخصية) .

---

١١٢ يدخل أيضاً في عداد أعمال التصرف الصلح والتحكيم وقبول التبرعات بعوض .

غير أنه رغبة من المشرع في فسح المجال لتمرين المميزين وتنمية بصيرتهم المالية في التصرفات تهيئة لترشيدهم أو رشدهم ، فقد سوغ المشرع للولي تلقائياً كما سوغ لمن يقوم مقام الولي بعد إذن القاضي ، أن يأذن للصغير المميز الذي أتم الخامسة عشرة من العمر وظهرت عليه مخايل الرشد ، في تعاطي الصناعة أو التجارة أو في تسلم قدر من أمواله لإدارتها وذلك بقصد التجربة . بل إن للقاضي ، عند امتناع الولي عن منح الاذن للصغير المميز ، أن يأذن هو له إذا رأى في ذلك نفعاً (المادة ١٤٠ من مدونة الأحوال الشخصية) .

١١٩ – **أهلية المميز المأذون** : يتمتع المميز المأذون بكامل الأهلية فيما أذن له به وفي التقاضي فيه (المادة ١٤٢ من مدونة الأحوال الشخصية) . فإذا كان أذن مثلاً للقاصر بأعمال الادارة كإيجار عقاراته لأقل من ثلاث سنوات[١١٣] ، أو القيام باصلاحها وترميمها ، فإن التصرفات التي يجريها في الخصوصات المذكورة تعتبر صحيحة ولا يجوز إبطال ما ترتب عليه من التزامات بسببها . وكذلك إذا ما كان الصغير المميز مأذونا في تعاطي التجارة أو الصناعة ، فلا يسوغ له أن يطلب إبطال التعهدات التي تحمل بها بسبب تجارته في حدود الاذن الممنوح له ، ولا سيما الاعمال الضرورية لمباشرة التجارة المأذون فيها (المادة٧ من قانون التزامات والعقود) .

١٢٠ – **جواز إلغاء الإذن الممنوح للقاصر** : إن الإذن الممنوح للقاصر المميز يجوز في كل وقت ، بإذن المحكمة وبعد سماع أقوال القاصر ، الغاؤه إذا توافرت

---

١١٣ ان الايجار لأكثر من ثلاث سنوات يعتبر عملاً من أعمال التصرف التي لا يجوز للنائب الشرعي نفسه اجراؤها إلا بإذن من القاضي .

هناك أسباب خطيرة تبرر هذا الإلغاء كأن يكون القاصر أساء إدارة أمواله أو كأن تكون التجارة التي أذن له بتعاطيها ألحقت به خسائر فادحة بسبب سوء تصرفه . ففي هذه الحالة لا يكون للإلغاء أثر بالنسبة للأعمال أو الصفقات التي شرع فيها القاصر قبل حصول الإلغاء (المادة ٨ من قانون الالتزامات والعقود) .

الفرع الثالث

المحل

١٢١ – وجوب التمييز بين محل العقد ومحل الالتزام : يؤخذ على القانون المدني الفرنسي أنه خلط بين محل العقد (objet du contrat) وبين محل الالتزام (objet de l'obligation) الناشيء عن العقد مع أنه يجب التفريق بين هذا المحل وذاك[١١٤] .

فمحل العقد هو دوماً وأبداً إنشاء التزام أو أكثر يقع على أحد المتعاقدين دون الأخر في العقود غير التبادلية كما في الوديعة ، أو يقع على كل من المتعاقدين في العقود التبادلية كما في البيع .

أما محل الالتزام فهو الأداء الذي يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن . وهذا الأداء يكون إما من قبيل إعطاء شيء أي نقل الملكية أو أي حق عيني أخر (obligation de donner) ، وإما من قبيل القيام بعمل بما فيه تسليم

---

١١٤ كولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٥١ صفحة ٤٧ – وجوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ١١٢ صفحة ٥٧ و ٥٨ .

الشيء دون نقل ملكيته (obligation de faire) وإما من قبيل الامتناع عن القيام بعمل (obligation de ne pas faire).

فمحل الالتزام ، على ما يتبين ، قد يكون إيجابياً كما في إعطاء شيء أو القيام بعمل ، وقد يكون سلبياً كما في الامتناع عن القيام بعمل .

ونحن الذي يهمنا هنا هو محل الالتزام لا محل العقد . لذا كنا أوضحنا في مستهل البحث الخاص بانشاء العقد أن من بين الشروط اللازمة لانشاء العقد، توافر شيء محقق يصلح لأن يكون محلاً للالتزام الناجم عن العقد[١١٥] .

وجدير بالذكر ، في هذا الخصوص ، أن قانون الالتزامات والعقود المغربي ، لم يكتف بما ذكره في المادة الثانية من أن الالتزامات الناشئة عن التعاقد يتطلب وجودها شيئاً محققاً يصلح لأن يكون محلاً للالتزام ، بل هو ، عندما بحث في المحل ، جعل عنوان البحث « محل الالتزامات التعاقدية » .

١٢٢ – **مخطط البحث** : إن محل الالتزام يؤثر بالغ التأثير على قيام العملية التعاقدية من حيث أن العقد لا ينعقد إلا إذا كان للالتزامات التي تنشأ عنه محل تتوافر فيه الشروط القانونية . فالقانون يتطلب وجود محل للالتزام . ثم هو يشترط في هذا المحل :

(أ) – أن يكون مشروعاً .

(ب) – أن يكون ممكناً .

---

١١٥ راجع نبذة رقم ٢٧ أعلاه .

(ج) – أن يكون معيناً أو على الأقل قابلاً للتعيين .

فعلينا إذن أن نبحث في مبدأ ضرورة وجود محل للالتزام التعاقدي ، ثم علينا أن نعرض لمختلف الشروط الواجب توافرها في هذا المحل .

وعليه سيشتمل هذا الفرع على مبحثين :

المبحث الأول : ضرورة وجود محل للالتزام .

المبحث الثاني : شروط المحل .

المبحث الأول

ضرورة وجود محل للالتزام

١٢٣ – **تقرير المبدأ** : قلنا إن محل الالتزام يكون إما إعطاء شيء أو القيام بعمل حيث يتصف المحل بطابع الايجابية ، وإما الامتناع عن القيام بعمل فيتصف عندها بطابع السلبية .

والمبدأ الواجب تقريره هو أنه لا بد لقيام التزام تعاقدي صحيح من وجود محل له .

وقد يبدو لأول وهلة أن فرضية انتفاء وجود المحل في الالتزام التعـاقدي فرضية خيالية . ولكن الواقع خلاف ذلك ، إذ قد يحصل أن يتم تعاقد ينشأ عنه التزام لا محل له ، كأن يكون الشيء أو الحق المتعاقد عليه هلك أو انقضى قبل التعاقد (كما في إيجار بناء تهدم قبل الايجار بفعل حريق ، أو في بيـع سفينة غرقت قبل البيع ، أو في حوالة دين اتضح أنه سدد قبل الحوالة) ، أو

كأن يعقد شخص تأميناً لضمان مسؤولية يعتقد أنها تلزمه ، في حين أن هذه المسؤولية لا تترتب عليه في الواقع : فهكذا مثلاً لا يتحمل الوديع مسؤولية هلاك الوديعة أو تلفها إذا حصل ذلك بقوة قاهرة أو حادث مفاجئ (المادة ٨٠٨) . فإذا ما عمد الوديع إلى إبرام عقد تأمين لتضمن له شركة التأمين مسؤوليته عن هلاك الوديعة بسبب قوة قاهرة أو حادث مفاجئ ، وقع التزام شركة التـأمين باطلاً لانعدام محله ما دام أن المسؤولية المؤمن عليهـا غير مترتبـة على المؤمن له[١١٦] .

ففي مثل هذه الحالات التي ينتفي فيها وجود محل للالتزام ، يقع الالتزام التعاقدي باطلاً ، وبطلان الالتزام يفضي بالضرورة إلى بطلان العقد .

١٢٤ - جواز كون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً : يجب التمييز بين الحالة التي ينتفي فيها وجود محل للالتزام التعاقدي انتفاء كلياً ، وبين الحالة التي يقع فيها الالتزام التعاقدي على محل غير موجود في الحال ولكنه سيوجد في المستقبل . ففي الحالة الأولى يكون الالتزام باطلاً كما سبق بيانه . أما في الحالة الثانية فالالتزام يقع صحيحاً . وهذا ما أوضحته المادة ٦١ إذ قالت : «يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً فيما عدا الاستثناءات المقررة بمقتضى القانون » .

والتعامل في الاشياء المستقبلة كثير الوقوع في الحياة العملية . وهو يزداد

---

١١٦ إن انعدام المحل في التزام شركة التأمين يجعل التزام الوديع المؤمن له بدون سبب . وعليه يغدو عقد التأمين باطلاً لانعدام محل التزام شركة التأمين من جهة ولانعدام سبب التزام المؤمن له من جهة ثانية .

انتشاراً يوماً بعد يوم ، كما في التزام المزارع في بيع محصول مستقبل حتى ولو كان زرعاً لم ينبت بعد أو ثماراً لم تنعقد ، أو في بيع منزل سيبنى حتى قبل وضع أي حجر في بنائه ، أو في بيع بضاعة قيد الصنع بل وحتى قبل صنعها .

وعبارة « الأشياء المستقبلة » الوارد عليها النص في المادة ٦١ يجب أخذها بالمعنى الواسع أي بمعنى « الأموال » بحيث لا يقتصر مدلولها على الاشياء المادية المستقبلة فحسب بل يشمل أيضاً الحقوق المستقبلة . وهذا ما سار عليه الفقه الفرنسي(١١٧) في تفسير عبارة « الأشياء المستقبلة » الوارد ذكرها في المادة ١١٣٠ من القانون المدني الفرنسي المطابقة للمادة ٦١ من قانون الالتزامات والعقود المغربي . وعليه فالالتزام يمكن أن يكون محله حقاً لم ينشأ بعد ، أو حقاً معلقاً على شرط أو حقاً احتمالياً : فقد يكون محل الالتزام حقاً لم ينشأ بعد ، كأن يحول مقاول لآخر مسبقاً ثمن أعمال يأمل أن ترسو عليه مزاودتها ، أو يبيع كاتب لناشر حقوقه في كتاب يزمع تأليفه ، أو يتنازل شريك على الشيوع في عقار لغيره ، عن الحصة التي ستصيبه من ثمن العقار الشائع المطروح للبيع بالمزاد العلني حتى قبل إجراء المزاد . وقد يكون محل الالتزام حقاً معلقاً على شرط كأن يلتزم زيد بدفع مبلغ من المال إلى ابنه عمرو إذا ما نجح في الفحص حيث يتوقف استحقاق الابن للجائزة على تحقق الشرط الذي اشترطه الملتزم وهو النجاح في الفحص . وقد يكون محل الالتزام حقاً احتمالياً كما في الوعد بالبيع الذي يرتب للموعود له حقاً يحتمل تحققه إذا أبدى هذا الأخير رغبته في الاستفادة من الوعد الذي الزم به الواعد نفسه .

---

١١٧ كولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٥٢ أعلاه .

١٢٥ – استثناءات لقاعدة جواز كون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً – منع التعامل في التركة المستقبلة : قد يحرم المشرع ، على وجه الاستثناء ، أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً .

فمن أمثلة هذا التحريم ما ورد عليه النص في المادة ١٧٧ من ظهير ١٩ رجب ١٣٣٣ بشأن التشريع المطبق على العقارات المحفظة وبمقتضاها « لا يجوز رهن الأموال التي يحصل عليها استقبالاً » .

وكذلك من أمثلة التحريم بل من أهمها ، ما ورد عليه النص في الفقرة الثانية من المادة ٦١ من قانون الالتزامات والعقود وبمقتضاها « لا يجوز التنازل عن تركة إنسان على قيد الحياة ولا إجراء أي تعامل فيها أو في شيء مما تشتمل عليه ولو حصل برضاه وكل تصرف مما سبق يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً[١١٨] .

ويرجع أصل تحريم التعامل في التركة المستقبلة إلى القانون الروماني الذي كان يعتبر مثل هذا التعامل مخلاً بالآداب وبالنظام العام من حيث أن من يتعامل في تركة شخص ما يزال حياً يضارب على موته ، ومن حيث أنه يُغري صاحب المصلحة بالتعجيل بموت المورث . إلا أن الرومان ، كانوا إذ يحرمون التعامل بالتركة المستقبلة ، إنما يأخذون بعين الاعتبار مصلحة المورث ليس إلا .

---

١١٨ كان يستحسن الاكتفاء بالقول « وكل تصرف مما سبق يقع باطلاً » لأن المشرع المغربي هجر النظرية التقليدية القائمة على التمييز بين البطلان المطلق والبطـــلان النسبي واعتمد النظرية الحديثة القائلة بالتفريق بين البطلان من جهة والابطال من جهة أخرى على ما يستفاد من القسم الخامس من الكتاب الأول من قانون الالتزامات والعقود الذي خصه المشرع « لبطلان الالتزامات وابطالها » .

لذلك كانوا يجيزون هذا التعامل إذا وقع من المورث موقع الرضى أو إذا اشترك في العقد . أما التقنينات الحديثة فهي إذ تمنع التعامل بالتركة المستقبلة ، إنما تعتد لا بمصلحة المورث فحسب بل أيضاً بمصلحة الوارث . ذلك أن الوارث الذي يتنازل عما سيؤول إليه من تركة مستقبلة ، يغلب فيه أن يكون مستهتراً ومبزراً فيقع فريسة للمرابين والمستغلين . وعلى هذا حرمت هذه التقنينات التعامل في التركة المستقبلة ولو برضاء المورث واعتبرته باطلاً[١١٩] .

وتركة الإنسان هي كل ما يكون له من أموال وعليه من التزامات وقت موته . فالتنازل عنها أو التعامل فيها ، والمورث على قيد الحياة ، يعتبر باطلاً . وكذلك يعتبر باطلاً التنازل عن جزء فيها أو التعامل في عين معينة منها كأن يتنازل الوريث عن نصف الحصة الارثية التي ستؤول اليه من تركة أبيه أو كأن يبيع عقاراً معيناً من هذه التركة على أنه سيرثه .

وتحريم التصرف بالتركة تحريم مطلق أنّى كان الطريق الذي ستؤول منه أموال التركة ألى المتصرف ، وأياً كان الشخص الذي سيصدر منه التصرف ، ومهما كان نوع التصرف .

فسواء كانت أموال التركة المستقبلة ستؤول إلى المتصرف عن طريق الارث أو عن طريق الوصية فإن التصرف فيها أو التنازل عنها يقع باطلاً .

وسواء كان المتصرف هو الوارث أم كان الموصى له بكل التركة أو بجزء

---

١١٩ راجع المادة ١١٣٠ من القانون المدني الفرنسي – والمادة ١٣١ من القانون المدني المصري – والمادة ١٣٢ من القانون المدني السوري – والمادة ١٨٨ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

منها أو بعين معينة منها ، فإن تصرفه في التركة هو تصرف باطل في كل الأحوال حتى لو اقترن بموافقة المورث أو الموصي .

وسواء كان التصرف بعوض كما في البيع ، أم كان بغير عوض كما في الهبة ، فهو تصرف باطل في كل حال .

المبحث الثاني

شروط المحل

١٢٦ – **تعداد هذه الشروط** : يشترط في المحل توافر الشروط التالية :

الشرط الأول – أن يكون المحل مشروعاً .

الشرط الثاني أن يكون المحل ممكناً .

الشرط الثالث – أن يكون المحل معيناً أو على الأقل قابلاً للتعيين .

وسنبحث على التعاقب في كل من هذه الشروط .

١٢٧ – **الشرط الأول : وجوب كون المحل مشروعاً** : يجب أن يكون محل الالتزام مشروعاً . وحتى يكون كذلك يجب أن يكون مما يجوز التعامل فيه وأن لا يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة .

أولاً : يجب أن يكون المحل مما يجوز التعامل فيه . وقد استهل قانون الالتزامات والعقود البحث في المحل بالنص على هذه الناحية في المادة ٥٧ حيث

قال : « الأشياء والأفعال والحقوق المعنوية[١٢٠] الواقعة في دائرة التعامل يصح وحدها لأن تكون محلاً للالتزام »

فمن هذا النص يتبين ان الاشياء الخارجة عن التعامل لا يصح أن تكون محلاً للالتزام .

والأشياء الخارجة عن التعامل تقسم تقليدياً إلى زمرتين : أشياء خارجة عن التعامل بطبيعتها وأشياء خارجة عن التعامل بحكم القانون .

فالأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها كأشعة الشمس والهواء وماء البحر .

أما الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية ، كالمواد المخدرة (من حشيش وأفيون وما شابه ذلك) أو كالأملاك العامة ، إلا فيما يسمح به القانون استثناء[١٢١] .

وكذلك يتبين من النص أن الأفعال والحقوق الخارجة عن التعامل لا يصح كذلك أن تكون محلاً للالتزام : فالقتل والجرح والتهديد باتلاف المال ، وحق ممارسة الحريات العامة ، وحق التمتع بالأهلية ، كلها أفعال وحقوق لا تدخل

---

١٢٠ لا نرى مسوغاً لوصف الحقوق « بالمعنوية » لأن الحقوق لا يمكن أن تكون مادية .

١٢١ فهكذا مثلاً يجيز القانون استثناء للصيادلة اقتناء المواد المخدرة واستعمالها في الحدود الطبية ، وهكذا أيضاً يجيز القانون منح ترخيص للأفراد باستعمال الأملاك العامة لإقامة مقصف على جزء من الرصيف أو حمامات على شواطئ البحر أو الأنهار .

في دائرة التعامل . لذلك يعتبر محل الالتزام غير مشروع إذا كان قائماً على فعل أو حق من هذه الأفعال أو الحقوق .

ثانياً : يجب أن لا يكون المحل مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة . وهذا مبدأ تتفق عليه الشرائع والنظريات القانونية وإن كان مفهوم النظام العام ومفهوم الآداب العامة الواجب صيانتهما وحمايتهما تختلف تطبيقاتهما وحدودهما زماناً ومكاناً ، لأنهما مفهومان يتطوران باستمرار . فما يكون من الأعمال والتصرفات في مكان أو زمان منافياً للنظام العام أو الآداب العامة ، قد يكون غير مناف لهما في مكان آخر أو زمان لاحق : فعقود التأمين على الحياة التي كانت تعتبر فيما مضى مخالفة للآداب العامة أضحت اليوم مشروعة ، والرق الذي كان مباحاً في الازمان الغابرة أصبح اليوم مخالفاً للنظام العام ، والتعامل بالنقود الذهبية ممنوع مثلاً اليوم في بعض البلاد كما في سورية لمخالفته النظام العام ومباح في بلاد أخرى كما في المملكة العربية السعودية .

ومن التطبيقات الهامة في عصرنا على بطلان الالتزامات لكون محلها مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة ، الالتزامات الناجمة عن اتفاق يتعلق ببيوت الدعارة أو دور المقامرة : فبيع بيت للدعارة أو للمقامرة أو إيجاره أو شراء مفروشات له وسائر ما يتصل باستغلال مثل هذه الدور يعتبر كله من قبيل التصرفات الباطلة . وبطلانها مبني على أن محل الالتزامات المتولدة عنها مخالف للنظام العام والآداب العامة . وكذلك من التطبيقات التي يمكن ذكرها اليوم على الالتزامات الباطلة لمخالفة محلها للنظام العام أو الأداب العامة الالتزامات الناجمة عن تنازل طبيب عن زبائنه لطبيب آخر : ذلك أن اختيار

الطبيب من قبل المرضى مبني على الثقة ، والثقة من الأمور الخـــارجة عن التعامل[١٢٢] .

١٢٨ – الشرط الثاني : وجوب كون المحل ممكناً : (آ) نصت على هذا الشرط المادة ٥٩ بقولها : « يبطل الالتزام الذى يكون محله شيئاً أو عملاً مستحيلاً إما بحسب طبيعته أو بحكم القانون » . ذلك أن الالتزامـات مصيرها الحتمي آيل إلى التنفيذ . وكيف السبيل إلى تنفيذها إذا كان محلها مستحيلاً !

(ب) والاستحالة المقصودة هنا هي الاستحالة المطلقة أي الاستحالة التي لا تقوم بالنظر إلى شخص المدين فحسب بل بالنسبة للكافة ، أو بعبارة أخرى هي الاستحالة الموضوعية التي ترجع إلى الالتزام في ذاته . أما الاستحالة النسبية التي تقوم بالنسبة إلى العاقد الملتزم فقط كالتزام شخص ليست لديه مؤهلات المهندس المعمار بتنظيم مخطط بناء ، أو التزام شخص لا يفقه من أمور الرسم شيئاً برسم لوحة بموضوع معين ، فهي لا تمنع نشوء الالتزام لأنها عجز شخصي لا استحالة . فالملتزم يرتبط بالالتزام ويتحمل مسؤوليته بحيث يكون للدائن ، في حالة امتناع الملتزم عن ننفيذ التزامه ، أن يطلب تنفيذ الالتزام عيناً على نفقة المدين أو يطلب التنفيذ بطريق التعويض كما يكون له ، في العقود التبادلية ، ان يطلب الفسخ مع التعويض عند الاقتضاء[١٢٣] .

---

١٢٢ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ١٢٢ صفحة ٦٣

١٢٣ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ١١٨ صفحة ٦٠ .

(ج) والاستحالة المطلقة ، على ما ورد في المادة ٥٩ ، تحول دون قيام الالتزام سواء كانت استحالة طبيعية أم كانت استحالة قانونية .

ويقصد بالاستحالة الطبيعية الاستحالة التي ترجع إلى طبيعة المحل ، كما في التزام شخص بعدم القيام بعمل سبق أن قام به فعلاً ، أو كما في التزام شخص بأن يبعث الروح في ميت ، أو بأن يقطع المحيط الأطلسي سباحةً ، أو بأن يوصل إنساناً إلى القمر ما دام غزو الإنسان لهذا الكوكب لم يتم بعد .

أما الاستحالة القانونية فهي التي ترجع إلى حكم القانون كما في التزام محام بالحصول على قرار من محكمة الاستئناف بقبول استئناف يقدم ضد حكم غير قابل للاستئناف ، أو في التزامه باستصدار قرار من المجلس الأعلى بقبول طعن بالنقض في وقت يكون فيه ميعاد الطعن قد انقضى .

(د) ويجب التنبيه إلى أن الملتزم الذي كان يعلم أو كان ينبغي عليه أن يعلم ، عند إبرام العقد ، استحالة محل التزامه ، يكون ملزماً بالتعويض تجاه الطرف الآخر . غير أنه لا يخول التعويض إذا كان هذا الطرف الآخر يعلم أو كان عليه أن يعلم أن محل الالتزام مستحيل (المادة ٦٠) . فالمحامي الذي يلتزم باستئناف حكم انتهائي غير قابل للاستئناف يلزم بالتعويض على الطرف الآخر لأنه يعلم أو من المفروض فيه على الأقل أن يعلم أن الأحكام الانتهائية لا تقبل الاستئناف ، هذا ما لم يكن الطرف الآخر من رجال القانون مثلاً الذي يعلم أو ينبغي عليه أن يعلم استحالة استئناف مثل هذه الأحكام حيث لا يسوغ له المطالبة بأي تعويض .

وقد أوضح المشرع أن الحكم نفسه يطبق في الحالتين التاليتين :

أولاً : إذا كانت الاستحالة جزئية وبقي الاتفاق صحيحاً في جزء منه ، كما في التزام أحد بالامتناع عن القيام بعدة أعمال لا رابطة بينها وسبق له أن قام ببعضها فعلاً قبل التزامه ، حيث يبقى الالتزام صحيحاً بالنسبة للأعمال التي لم يقم بها الملتزم بعد ، مع التعويض على الطرف الآخر إذا كان يجهل أمر الاستحالة الجزئية .

ثانياً : إذا كان الالتزام تخييرياً (وهو التزام يشمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحداً منها) وكان أحد الاشياء الموعود بها مستحيلاً بحيث يتعذر على الدائن ممارسة حق الاختيار . ففي هذه الحالة ، يجوز للدائن مطالبة المدين بالتعويض ، إذا كان هذا المدين يعلم أو كان ينبغي عليه أن يعلم وقت إبرام العقد استحالة أحد الأشياء الموعود بها ، ما لم يكن الدائن يعلم أو كان ينبغي عليه أن يعلم واقع الحال .

(ه) ويجب التنبيه إلى أن الاستحالة التي تبطل الالتزام وتمنع انعقاد العقد هي الاستحالة التي تكون موجودة وقت نشوء العقد ، كما في بيع سيارة أو إيجار دار في وقت تكون فيه السيارة هالكة أو الدار محروقة . أما الاستحالة التي تطرأ بعد إبرام العقد، فلا تبطله بل تكون سبباً لانحلاله مع ما يترتب على ذلك من انقضاء التزام المدين وبراءة ذمته إذا كانت الاستحالة لا يد له فيها ، أو الزامه بالتعويض إذا كانت الاستحالة بسببه[١٢٤] .

---

١٢٤ كولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٥٣ صفحة ٤٩ .

١٢٩ – الشرط الثالث : وجوب كون المحل معيناً أو على الأقل قابلاً للتعيين : (آ) نصت على هذا الشرط المادة ٥٨ فقالت : « الشيء الذي هو محل الالتزام يجب أن يكون معيناً على الأقل بالنسبة إلى نوعه ، ويسوغ أن يكون مقدار الشيء غير محدد إذا كان قابلاً للتحديد فيما بعد » . فمن هذا النص يتبين أن المشرع اشترط في محل الالتزام أن يكون معيناً أو على الأقل قابلاً للتعيين .

(ب) والتعيين بالنسبة للأشياء إما أن يكون تعييناً بالذات وإما أن يكون تعييناً بالنوع .

أولاً : فقد يكون تعيين الشيء تحديداً لذاته وعينه في الوجود الخارجي ، بحيث لا يشاركه في حدوده المعينة شيء آخر أصلاً ولا ينطبق هذا التعيين على فرد سواه ، وذلك كتعيين الشيء بالاشارة اليه سواء أكان قيمياً كبيع هذه السيارة أو مثلياً كبيع هذه العلب من السمن النباتي .

والتعيين بالذات لا ينحصر بطريق الإشارة ، بل يمكن أن يجري بكل وسيلة أُخرى تقطع المشاركة وتحصر الالتزام في عين مخصوصة ، كبيع العقار المسجل في السجل العقاري برقم ٥٠ من منطقة أكدال في الرباط ، أو بيع السجادة من الصنف الكاشاني مع تحديد طولها وعرضها وبيان أوصافها التي تميزها عن غيرها ولو من الصنف نفسه

ثانياً : وقد يكون تعيين الشيء بالنسبة لنوعه فقط دون ذاته وعينه ، بحيث يميز النوع عن غيره من الأنواع ولا يميز الفرد عن غيره من الأفراد . ففي مثل هذه الحالة يكون كل فرد من أفراد النوع صالحاً لأن يوفى به الالتزام وفاءً موافقاً

للتحديد الواقع ، وذلك كبيع الف قارورة زيت من زيوت « لوسيور » ، أو عشرة أطنان من الفول السوداني من الصنف الممتاز ، أو خمسة أطنان من السكر الكوبي من النخب الأول .

وبدهي أنه في الحالة التي يكون فيها تعيين الشيء ، محل الالتزام ، تعييناً بالنوع فقط ، لا بد لصحة الالتزام من أن يكون المحل معين المقدار أيضاً كما في الأمثلة التي سقناها ، أو أن يتضمن العقد ما يستطاع به تعيين المقدار ، كما في التزام متعهد بتقديم أغذية من نوع معين لمستشفى أو سجن ، أو زيوتاً معدنية أو فحماً من نوع معين لمعمل أو مصنع ، حيث يتحدد المقدار وفقاً لحاجة المستشفى أو السجن أو المعمل أو المصنع .

(ج) أما إذا كان محل الالتزام القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل ، فيجب أن يكون هذا العمل أو الامتناع معيناً بدقة ، كما في التزام ممثل بالقيام بدور البطل في فيلم سينمائي ، أو على الأقل قابلاً للتعيين ، كأن تذكر في تعهد مقاول بإقامة بناء ، مواصفات هذا البناء بجلاء ووضوح ، أو في حالة عدم ذكر المواصفات ، كأن يشتمل العقد على العناصر التي تجعل البناء الملتزم بإشادته قابلاً للتعيين ، كما في الاتفاق على بناء مستشفى يتسع لعدد معين من الأسرة أو مدرسة تتسع لعدد معين من الطلبة . فإذا لم تذكر المواصفات أو لم تتوفر العناصر التي تجعل محل الالتزام قابلاً للتحديد ، بطل الالتزام لافتقاره إلى محل معين وبالتالي امتنع انعقاد العقد .

الفرع الرابـع

السبب

١٣٠ – وجوب التمييز بين سبب الالتزام وسبب العقد : كانت نظرية السبب تتميز حتى عهد قريب بأنها نظرية صعبة معقدة وأن الغموض يكتنفها ، الأمر الذي أدى إلى اختلاف الراي فيها اختلافاً كبيراً بين مؤيد لها مدافع عنها ، وبين ناقد لها داع إلى هدمها من أساسها لعدم الفائدة منها .

والحقيقة هي أنه لا توجد نظرية واحدة للسبب بل نظريتان . وما الاختلاف الذي يقع في الفقه بين مناصر ومناهض ، إلا نتيجة الخلط بين النظريتين وعدم التفريق بينهما .

فهناك ما يسمى بالسبب القصدي أو الغائي (cause finale) أو بالغرض المباشر (but direct, immédiat) وهو سبب التزام الملتزم ، كقبض الثمن بالنسبة لالتزام البائع وتسلم المبيع وتملكه بالنسبة لالتزام المشتري . ففي هـــذا المفهوم التقليدي يتسم السبب بطابع موضوعي بحيث لا يتغير في زمرة العقود التي هي من نوع واحد ولا يختلف باختلاف العاقدين ومقاصدهم .

وهناك ما يسمى بالسبب الدافع أو بالسبب الباعث (cause impulsive et déterminante) وهو الغرض الشخصي البعيد غير المباشر الذي حمل المتعاقد على التعاقد : فقد يكون الباعث الذي دفع البائع على البيع الحصول على الثمن لانفاقه في أغراض معيشته أو في أداء دين عليه أو في شراء شيء آخر يرغب اقتناءه أو في تعاطي عمل تجاري . وقد يكون الباعث الذي دفع المشتري على

الشراء الحصول على المبيع للسكن أو لإقامة مكتب أو تجارة فيه أو للاحتفاظ به فترة من الزمن وبيعه بربح أو لاسكان شخص يرغب اسكانه فيه . فالسبب في هذا المفهوم الجديد ، وهو سبب العقد ، يتسم بطابع شخصي بحيث يتغير من عقد لآخر في النوع الواحد من العقود تبعاً لمقاصد المتعاقدين ونواياهم .

وقد عمدت بعض التشريعات ، كالتشريع اللبناني ، إلى النص صراحة على وجوب التمييز بين سبب الالتزام وسبب العقد ، معتبرة سبب الالتزام « الدافع الذي يحمل عليه مباشرة على وجه لا يتغير » ، وسبب العقد « الدافع الشخصي الذي حمل الفريق العاقد على انشاء العقد »[١٢٥] .

١٣١ - **مخطط البحث** : سنبحث في السبب حسب النظرية التقليدية التي تأخذه في مفهوم موضوعي بحت ، ثم نبحث في السبب حسب النظرية الحديثة التي تعتد بالسبب في مفهومه الشخصي ، إلى جانب مفهومه الموضوعي . على أننا نرى قبل ذلك تقديم عرض موجز لتاريخ نظرية السبب وبيان مختلف المراحل التي مرت بها هذه النظرية والتطورات التي طرأت عليها .

وعليه سيتضمن هذا الفرع ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : مراحل نظرية السبب .

المبحث الثاني : النظرية التقليدية في السبب : سبب الالتزام .

المبحث الثالث : النظرية الحديثة في السبب : الباعث الشخصي أو سبب العقد .

---

١٢٥ راجع المواد ١٩٤ و ١٩٥ و ٢٠٠ من قانون الموجبات االعقود اللبناني .

المبحث الأول

مراحل نظرية السبب

١٣٢ - مرور نظرية السبب بثلاث مراحل : إذا ما تتبعنا تاريخ نظرية السبب أمكننا القول بأنها مرت بثلاث مراحل : المرحلة الأولى هي مرحلة منشأ النظرية ، والمرحلة الثانية هي مرحلة نشوء النظرية التقليدية التي أعطت للسبب مفهوماً موضوعياً ، والمرحلة الثالثة هي مرحلة نشوء النظرية الحديثة على يد القضاء الفرنسي ، التي أعطت السبب مفهوماً شخصياً دون نبذ المفهوم الموضوعي للسبب .

١٣٣ - المرحلة الأولى : منشأ نظرية السبب : من المقرر أن مبدأ الشكلية في العقود هو الذي كان يسود في التشريع الروماني القديم بحيث ما لم يستوف العقد مراسمه الشكلية لا يعتبر منعقداً .

ثم ظهر في الأفق القانوني مبدأ رضائية العقود ، وانتشر هذا المبدأ في القوانين ذات الأصل اللاتيني في أوروبة على يد فقهاء الكنيسة في العصور الوسطى . فكان ظهور مبدأ الرضائية هذا واستقراره هو الذي دفع إلى ولادة نظرية السبب ، وقيادة الفكر القانوني إليها .

ذلك أن مبدأ الرضائية في العقود يقوم على اعتبار العقد تاماً ومنتجاً آثاره ، بمجرد توافق الإيجاب والقبول ، دون تطلب شيء من الاجراءات الشكلية .

فلما ظهر هذا المبدأ وانتشر ، وساد في الفقه والتشريع ، لوحظ أن الرضائية

المطلقة في الحقل التعاقدي وما يستتبعها من احترام إرادة المتعاقدين دون قيد ، قد يؤدي إلى الاعتداد بعقود يأبى المنطق القانوني إقرارها لمنافاتها القواعد الأخلاقية ، وذلك كما لو وهب شخص مبلغاً من المال لآخر ليحثه على ارتكاب جريمة ، أو كما لو أقرض شخص آخر مبلغاً من المال للمتاجرة بالمخدرات ، أو كما لو اشترى شخص داراً ليجعلها مركزاً للبغاء والمقامرة .

فلإبطال مثل هذه الالتزامات العقدية فكر فقهاء الكنيسة بوجوب إلقاء قيد على الإرادة يمنع تطاولها على الحدود الأخلاقية فقرروا أن الارادة العقدية لا تلتزم التزاماً صحيحاً إلا إذا كان سبب الالتزام مشروعاً .

والمراد بالسبب في هذه المرحلة الأولى في نشوء النظرية إنما هو الباعث الشخصي الدافع إلى التعاقد . وهذا الباعث باطني وذاتي يختلف باختلاف الأشخاص في النوع الواحد من العقود .

فهذا الباعث يجب أن يكون مشروعاً صيانة للحرمات الأخلاقية . فإذا كان غير مشروع كما في الأمثلة التي سقناها آنفاً كان الالتزام باطلاً وترتب على بطلان الالتزام بطلان العقد نفسه ولو تم التراضي بين الطرفين المتعاقدين وحصل التوافق بين إرادتيهما .

وهكذا ألقي بفكرة السبب بمعنى الباعث المشروع كقيد على الإرادة العقدية عندما اريد تحريرها من القيود الشكلية فحل السبب محل الشكل كقيد على الارادة في تصرفاتها ، حماية للقواعد الأخلاقية ووقاية من المحازير والمساوئ التي كان يمكن أن تنجم عن تطبيق مبدأ الرضائية دون قيد أو شرط .

١٣٤ – المرحلة الثانية : نشوء النظرية التقليدية التي أعطت السبب مفهوماً موضوعياً : بعد نشوء فكرة السبب على أساس مفهوم يسوده المعنى الأخلاقي ، بدأت تتكون في الفقه القانوني نظرية ترمي إلى إرساء فكرة السبب على أساس موضوعي .

فقد لوحظ أن الاعتداد بالبواعث ، التي هي أمور باطنية ، ينال من استقرار المعاملات لتوقف صحتها حينئذ على أمور نفسية خفية ، فينتفي اطمئنان العاقد إلى نتيجة عقده مع أشخاص يجهل بواعثهم وغاياتهم من التعاقد فضلاً عن الارتباك الذي يقع فيه القضاء في سبيل الكشف عن تلك البواعث والمقاصد الخفية .

ولوحظ من جهة ثانية أن نظرية السبب في حدودها الأولى غير كافية لتعليل البطلان في بعض الحالات التي يوجب المنطق القانوني فيها بطلان العقد والالتزامات الناشئة عنه ، كما لو اتفق شخص مع آخر على أن يمتنع عن ارتكاب جريمة لقاء مبلغ يدفعه له ذلك الشخص . ففي مثل هذه الحالة كل من الالتزامين المتقابلين مشروع بحد ذاته ولكن العقد باطل . فبماذا نعلل البطلان ؟

لهذه الاعتبارات لجأ بعض علماء القانون إلى بناء نظرية السبب على أساس جديد يستند إلى مفهوم موضوعي . وقد قام الفقيه الفرنسي « دوما » (Domat) في القرن السابع عشر بصياغة نظرية السبب هذه صياغة جديدة وجاء من بعده الفقيه « بوتييه » (pothier) متبنياً آراءه .

والسبب في اصطلاح أصحاب هذه النظرية ليس هو الباعث كما كان

في نظر السببيين الأوائل من علمـاء القـــانون الكنسيين ، بل السبب عندهم معناه الغرض الغائي (cause finale) أو الهدف المباشر (but direct) الذي يريد الملتزم في الالتزام العقدي الحصول عليه قبل أي غرض آخر ، وفي سبيله ومن أجله تحمل بالالتزام عن طريق التعاقد : فقبض الثمن مثلاً هو سبب التزام كل بائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، وتملك المبيع هو كذلك سبب التزام كل مشتر بدفع الثمن .

ويتضح من ذلك أن السبب في النظرية الجديدة يتسم بطابع موضوعي لا شخصي وهو ثابت لا يتغير في زمرة العقود التي هي من نوع واحد ولا يختلف باختلاف العاقدين ونواياهم .

وقد سادت النظرية الجديدة في السبب الفكر القانوني زمناً طويلاً إلى أن انتقلت إلى القانون المدني الفرنسي وأخذ بها الشراح الفرنسيون حتى قيل عنها بأنها النظرية التقليدية في السبب .

١٣٥ – **المرحلة الثالثة : نظرية الاجتهاد الفرنسي الحديثة** : بعد أن أخذت النظرية التقليدية في السبب مركزها في القانون المدني الفرنسي وانتقلت بذلك من حيز النظريات الفقهية إلى حيز التقنين ، بدأ يتكون في الفقه القانوني إحساس عميق بأنها نظرية خيالية استعمرت الفكر القانوني زمناً طويلاً بطريق التقليد وبقوة الاستمرار . فقام فريق من الفقهاء نخص بالذكر منهم « بلانيول » (Planiol) يهاجمون هذه النظرية وينتقدونها ووصلوا في ذلك إلى حد إنكار فكرة السبب من أساسها ، بينما قام آخرون يتزعمهم « كابيتان » (Capitant) يدافعون عن فكرة السبب ويذودون عن النظرية التقليدية .

ولم يكن القضاء الفرنسي ليبقى بعيداً عن المعركة المحتدمة بـين خصوم نظرية السبب التقليدية وبين أنصارها ولا سيما أنه ، في معرض تطبيقه هـذه النظرية ، وجد نقصاً وجموداً يحولان دون استجابتها في بعض الحـالات لمقتضيات المصلحة العامة . ولكنه بدل أن يقف إلى جانب أحد المعسكرين ، سلك طريقاً آخر جعله في مأمن من الخلاف المحتدم بين الطرفين فرجـع بالسبب إلى مفهوم الباعث الشخصي دون أن يهجر مفهوم سبب الالتـزام الموضوعي .

وهكذا تكونت نظرية حديثة للسبب هي نظرية القضاء الفرنسي التي تفسر السبب بما يشمل الباعث مستفيدة من إطلاق كلمة « السبب » الوارد عليها النص في المواد ١١٣١ إلى ١١٣٣ من القانون المدني الفرنسي ومعتبرة أن هـذه المواد لا يفسر فيها السبب تفسيراً يكون معه محصوراً في حدود النظرية التقليدية ، بل يمكن اعتبارها شاملة أيضاً الباعث الشخصي أو الدافع الذاتي الذي حمل المتعاقد على التعاقد والذي يجب أن يكون مشروعاً وإلا بطل العقد .

المبحث الثاني

النظرية التقليدية في السبب :

سبب الالتزام .

١٣٦ - **نظرة إيضاحية** : (آ) صاغ المشرع الفرنسي النظريـة التقليدية في السبب على النحو الذي كان نادى به « دوماً » و « بوتييه » وذلك في المواد ١١٣١ إلى ١١٣٣ .

فالمادة ١١٣١ نصت على أن الالتزام يبقى مجرداً من اي أثر إذا لم يكن مبنياً على سبب (sans cause) ، أو كان مبنياً على سبب غير حقيقي (fausse cause)، أو على سبب غير مشروع (cause illicite) .

وقررت المادة ١١٣٢ أن الاتفاق يكون صحيحاً ولو لم يذكر سببه .

وأوضحت المادة ١١٣٣ أن السبب يكون غير مشروع إذا حرمه القانون أو إذا كان مخالفاً للآداب العامة أو للنظام العام .

(ب) وقد أخذ قانون الالتزامات والعقود المغربي هو أيضاً بالنظرية التقليدية وصاغ أحكامها في المواد ٦٢ إلى ٦٥ .

فالمادة ٦٢ المطابقة للمادتين ١١٣١ و ١١٣٣ من القانون المدني الفرنسي ورد فيها أن : « الالتزام الذي لا سبب له أو المبني على سبب غير مشروع يعد كأن لم يكن .

ويكون السبب غير مشروع إذا كان مخالفاً للأخلاق الحميدة أو النظام العام أو القانون » .

والمادة ٦٣ المطابقة للمادة ١١٣٢ من القانون المدني الفرنسي نصت على أنه « يفترض في كل التزام أن له سبباً حقيقياً ومشروعاً ولو لم يذكر » .

والمادة ٦٤ والمادة ٦٥ أوردتا أحكاماً لم يعرض لها المشرع الفرنسي وإنما أقرها الفقه والاجتهاد في فرنسا على النحو الذي اعتمده المشرع المغربي : فالمادة ٦٤ افترضت « أن السبب المذكور هو السبب الحقيقي حتى يثبت العكس » . والمادة ٦٥ نصت على أنه « إذا ثبت أن السبب المذكور غير حقيقي أو غير

مشروع ، كان على من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً ، أن يقيم الدليل عليه » .

١٣٧ - **تعريف السبب في النظرية التقليدية** : لم يعرف قانون الالتزامات والعقود المغربي السبب اكتفاء منه بما استقر عليه قول الفقهاء الذين صاغوا النظرية التقليدية في السبب ، شأنه في ذلك شأن القانون المدني الفرنسي وشأن أكثر التقنينات الحديثة[١٢٦] . فالسبب في نظر الفقه هو الغرض الغائي (cause finale) أو الهدف المباشر (but direct) الذي يقصد الملتزم تحقيقه والذي في سبيله ومن أجله تحمل بالالتزام عن طريق التعاقد . وهو الذي يصح أن يقع دائماً جواباً لسؤالنا : لماذا التزم الطرف المتعاقد في العقد الذي أبرمه ، وذلك كتملك المبيع بالنسبة إلى المشتري وقبض الثمن بالنسبة إلى البائع في عقد البيع[١٢٧] .

١٣٨ - **تحديد سبب الالتزام في مختلف أنواع العقود** : من الواضح أن الغرض المباشر الذي يهدف الملتزم تحقيقه ليس واحداً في جميع العقود بل هو يختلف في بعضها عنه في البعض الآخر . لذلت لجأ أصحاب النظرية

---

١٢٦ القانون المدني المصري والقانون المدني السوري لم يعرفا السبب . أما قانون الموجبات والعقود اللبناني فقد فصل تعريف سبب الالتزام بقوله « إن سبب الموجب يكون في الدافع الذي يحمل عليه مباشرة على وجه لا يتغير وهو يعد جزءاً غير منفصل من العقد » .

١٢٧ كولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٥٧ صفحة ٥٣ - وجوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ١٢٨ صفحة ٦٥ و ٦٦ .

التقليدية في السبب إلى تصنيف العقود بحسب أنواعها وحددوا في كل نوع منها سبب الالتزام .

(آ) ففي عقود التبرع كالهبة يكمن سبب التزام المتبرع في نية التبرع .

(ب) وفي عقود المعاوضة يفرق بين العقود التبادلية والعقود غير التبادلية .

أولاً – ففي العقود التبادلية أو الملزمة للجانبين يعتبر أن سبب التزام كل متعاقد هو الالتزام المقابل الذي التزم به المتعاقد الآخر . ففي عقد البيع مثلاً ، سبب التزام البائع بنقل الملكية هو التزام المشتري بدفع الثمن ، وسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل الملكية .

ثانياً – وفي العقود غير التبادلية أو الملزمة لجانب واحد يحدد السبب على الوجه التالي :

– إذا كان العقد عينياً كما في الاعارة أو الوديعة أو الرهن الحيازي ، يعتبر أن سبب الالتزام هو تسلم الشيء : فالمستعير أو المودع لديه أو الدائن المرتهن إنما يلتزم برد العين المعارة أو المودعة أو المرهونة لأنه تسلمها من المعير أو المودع أو الراهن .

– وإذا كان العقد رضائياً ففيه أيضاً تفصيل : فإن كان تعهداً بوفاء دين ، فسبب الالتزام هو وجود دين يريد المتعهد وفاءه . وإن كان وعداً ببيع أو نحو ذلك كان سبب التزام الواعد انجاز العقد الموعود به[١٢٨] . فهذا الانجاز هـو

---

١٢٨ وكذلك هو الحال إذا كان الالتزام ناشئاً عن إرادة منفردة كما في الوعد بجائزة حيث سبب الالتزام يكون أيضاً في انجاز الوعد .

الغرض المباشر الذي كان يبغيه الواعد والذي في سبيله التزم بالوعد ، وهو سبب احتمالي قد يتحقق وقد لا يتحقق .

١٣٩ - **خصائص السبب في المفهوم التقليدي** : يتصف السبب في المفهوم التقليدي بالخصائص التالية :

(آ) هو سبب الالتزام لا سبب العقد .

(ب) وهو يرتبط بالالتزام ارتباطاً مباشراً إذ في سبيل السبب الذي هدف الملتزم الوصول إليه تحمل هذا الملتزم بالتزامه . فالبائع مثلاً لم يلتزم بتمليك المشتري المبيع وتسليمه إياه إلا لأن المشتري التزم إزاءه باداء الثمن ، والمشتري من جهته لم يلتزم بدفع الثمن للبائع إلا لأن البائع التزم نحوه بتمليكه المبيع وتسليمه إياه .

(ج) وهو يعتبر جزءاً غير منفصل من العقد ويشكل ركناً من أركان انعقاده ، لأن العقد لا يقوم دون التزام تعاقدي ، والالتزام التعاقدي لا يقوم دون سبب يحمل عليه : فلا يمكن تصور عقد هبة بدون نية تبرع ، ولا عقد بيع بدون التزام بإعطاء شيء والتزام بدفع الثمن ، ولا عقد قرض بدون تسليم مبلغ من المال إلى المستقرض . لذلك فهو يتسم بطابع موضوعي لا ذاتي بمعنى أنه ثابت في النوع الواحد من العقود لا يتغير بتغير المتعاقدين ولا يتبدل تبعاً لمقاصدهم ونواياهم : ففي كل عقد بيع يكون التزام البائع سبباً لالتزام المشتري ، والتزام المشتري سبباً لالتزام البائع ، وفي كل هبة تكون نية التبرع سبباً لالتزام الواهب .

١٤٠ - **شروط السبب في المفهوم التقليدي** : يشترط في السبب ، حتى يصلح أساساً للالتزام التعاقدي ، أن تتوفر فيه ثلاثة شروط :

الشرط الأول : أن يكون موجوداً .

الشرط الثاني : أن يكون مشروعاً .

الشرط الثالث : أن يكون حقيقياً .

وسنبحث على التعاقب في مختلف هذه الشروط .

١٤١ - **الشرط الأول : وجوب كون السبب موجوداً** : (آ) لا بد لقيام الالتزام من حمله على سبب وإلا كان الالتزام مجرداً من أي أثر . وهذا ما أشار إليه المشرع المغربي في مطلع المادة ٦٢ التي استهل فيها بحث السبب إذ قال : « الالتزام الذي لا سبب له يعد كأن لم يكن » .

وقلما تتحقق في الواقع فرضية انتفاء السبب . ومع ذلك يمكن أن تقع هذه الفرضية في بعض الحالات كما إذا تعهد وارث ، إزاء الموصى له ، بتنفيذ الوصية ثم يتبين أن الموصي قد رجع عن وصيته ، أو كما لو اتفق مدين مع دائنه على تجديد دين ثم ظهر أن الدين القديم كان قد انقضى قبل التجديد . ففي مثل هذه الحالات يكون الالتزام مجرداً من أي سبب وبالتالي يجب اعتباره كأن لم يكن . وكذلك يبطل الالتزام لانتفاء سببه لو أن السبب الذي يرتكز عليه الالتزام تقرر بطلانه . وقد ورد بهذا المعنى في قرار للمجلس الأعلى أنه « إذا ثبت لدى محكمة الموضوع بطلان توافق الفريقين الذي اعتبرته سبباً لأطرة

يصبح الالتزام الناتج عن الأطرة باطلاً لانعدام سببها »[١٢٩] .

(ب) ويجب التفريق بين حالة فقدان السبب ، وبين الحالة التي لا يذكر فيها سبب للالتزام . ففي الحالة الأولى نحن أمام التزام ذكر له سبب ولكنه سبب غير موجود . وفي الحالة الثانية ، نحن أمام التزام مجرد لم يذكر له سبب على الاطلاق ، كتعهد شخص بدفع مبلغ لآخر دون أن يذكر في سند التعهد سبب التزامه .

فالالتزام الذي ذكر له سبب غير موجود يجب اعتباره كأن لم يكن . وقد أكد المجلس الأعلى هذه الحقيقة عندما قرر في حكم له « أن السبب هو شرط أساسي في صحة الالتزام »[١٣٠] .

أما الالتزام الذي لم يذكر له سبب فهو التزام صحيح ومعتبر عملاً بالمادة ٦٣ وبمقتضاها « يفترض في كل التزام أن له سبباً حقيقياً ومشروعاً ولو لم يذكر » . فهناك إذن قرينة على أن الالتزام غير المسبب يقوم على سبب حقيقي ومشروع . ولكن هذه القرينة يمكن إقامة البينة المعاكسة عليها . إنما على الملتزم الذي يدعي

---

١٢٩ المجلس الأعلى (الغرفة الأولى – القسم المدني) الحكم ٩٦٢/١٥٨ تاريخ ١٤ مارس ١٩٦٢ ، مجلة القضاء والقانون العدد ٦٤/٦٣/٦٢ اكتوبر – ديسمبر ١٩٦٣ صفحة ١٢٧ .

١٣٠ المجلس الأعلى الحكم عدد ٤٥ صادر في نوفمبر ١٩٦٠ مجلة القضاء والقانون العدد ٣٦/٣٥ صفحة ٢٣٨ . يلاحظ أن المجلس الأعلى وإن كان علّق صحة الالتزام على وجود السبب إلا أن مما لا ريب فيه أن الذي قصده المجلس هو تعليق قيام الالتزام ووجوده على وجود السبب بدليل أنه اعتبر السبب شرطاً أساسياً للالتزام أي ركناً من أركانه .

عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته أن يقيم الدليل على ذلك وإلا فهو مرتبط بالتزامه غير المسبب . وقد أيد القضاء المغربي هذه المبادئ فقرر أن « الالتزام الذي لم يذكر له سبب في السند يفرض أن له سبباً مشروعاً وعلى المدين المطالب بوفاء دينه إن نازع في وجود السبب أن يقيم الدليل على ذلك بأية وسيلة من وسائل الاثبات »[١٣١] . وفي قرار آخر ورد انه « إذا لم يحتو السند على ذكر سبب الالتزام فإنه يجوز للمحكمة أن تقبل شهادة الشهود وقرائن الأحوال لاثبات عدم وجود السبب »[١٣٢] .

١٤٢ - **الشرط الثاني : وجوب كون السبب مشروعاً** : (آ) نصت على هذا الشرط المادة ٦٢ بقولها : « الالتزام المبني ... على سبب غير مشروع يعتبر كأن لم يكن » ثم أوضحت المقصود بعدم مشروعية السبب فقالت : « يكون السبب غير مشروع إذا كان مخالفاً للأخلاق الحميدة أو النظام العام أو القانون » .

وقد تعمد المشرع استعمال مثل هذه العبارات المرنة ليسهل على القضاء مهمة تكييف عدم مشروعية السبب وفقاً لحاجات العصر وأخلاقه وتبعاً لنظرة الناس إلى الحياة وإلى الأمور .

(ب) ويلاحظ أن العقود التبرعية بمنجاة من أي خطر يتهددها من حيث

---

١٣١ المجلس الأعلى قرار ١٤ نوفبر ١٩٦٠ ملف عدد ٣٩٦٢ نشرة قضاء المجلس الأعلى في المواد المدنية صفحة ٣٧ . .

١٣٢ المجلس الأعلى قرار رقم ٤٥ صادر في نوفبر ١٩٦٠ مجلة القضاء والقانون العدد ٣٦/٣٥ صفحة ٢٣٨ .

عدم مشروعية السبب بالمفهوم التقليدي إذ هي قائمة على نية التبرع ونية التبرع بحد ذاتها لا يمكن أن تكون مخالفة للقانون أو متعارضة مع النظام العـــام أو الآداب العامة .

أما عقود المعاوضة فهي مرتع خصب لتحقق عدم مشروعية السبب سواء لمخالفته القانون (كأن يتعهد شخص بدفع دين نشأ عن مقامرة أو رهان وهو ما تمنعه المادة ١٠٩٢[١٣٣] ، أو كأن يلتزم مستقرض مسلم بدفع مبلغ من المال لمقرض مسلم مقابل فائدة القرض وهو ما تحرمه المادة ٨٧٠[١٣٤]) أو لمخالفـــة الأخلاق الحميدة أو النظام العام (كأن يتعهد شخص لآخر بدفع مبلغ مقابل ارتكاب جريمة يريدها الأول ، أو كأن يتاجر الأب بولايته فيتقاضى مبلغاً من المال مقابل موافقته على زواج ابنه أو ابنته ، أو كأن يكون سبب التزام شخص بدفع مبلغ من المال في التنازل له عن دار للدعارة أو دار للمقامرة) .

(ج) وقد يكون أحياناً من الدقة بمكان معرفة ما إذا كان سبب الالتزام هو سبب مشروع أو غير مشروع ، فنرى القضاء يتردد بل ويتحول من حال إلى حال . ويمكننا على سبيل المثال أن نذكر ما حصل في فرنسا بمناسبة العقد الذي يتم بين مدير مسرح وجماعة من الهتّافة يستأجرهم للتصفيق (contrat

---

١٣٣ تنص المادة ١٠٩٢ على أن « كل التزام سببه دين للمقامرة أو المراهنة يكون باطلاً بقوة القانون » .

١٣٤ تنص المادة ٨٧٠ على أن « اشتراط الفـائدة بين المسلمين باطل ومبطل للعقد الذي تضمنه سواء جاء صريحاً أو اتخذ شكل هدية أو أي نفع آخر للمقرض أو لأي شخص غيره يتخذ وسيطاً له » .

de claque) : فبعض المحاكم قررت باديء الأمر بطلان هذا العقد لأن سبب التزام مدير المسرح « مبني على الفساد والتضليل » ، ثم ما لبث القضاء أن قال بصحة مثل هذا الالتزام لما فيه من تشجيع للفنانين[١٣٥] . مثال آخر يمكن استقاؤه من عقد الوساطة في الزواج (courtage matrimonial) : فبعض المحاكم قررت بطلان هذا العقد لأنه يجعل من الزواج تجارة ويخالف بذلك النظام العام والآداب العامة[١٣٦] ، في حين أن الاتجاه الحديث يميل إلى القول بصحته إذا كان من مقتضى الاتفاق أن يستحق الوسيط الأجر على مسعاه سواء تم الزواج أو لم يتم حيث يهتم الوسيط بالبحث عن زوج صالح ، وليس في ذلك ما يتعارض مع النظام العام أو الآداب العامة[١٣٧] . أما إذا كان استحقاق الأجر رهيناً بنجاح الوساطة فقد يحمل ذلك الوسيط على الغش والخداع حتى يتم الزواج فيجب أن يكون العقد باطلاً .

(د) وتقدير مشروعية السبب من حيث مخالفته للنظام العام يجب أن يقوم على أساس مفهوم النظام العام حسب القوانين والأنظمة المرعية الاجراء فوق التراب المغربي . فمخالفة عقد للنظام العام في بلد أجنبي لا يستدعي تقرير بطلانه من قبل القضاء في المغرب إذا كان هذا العقد لا يتعارض والتشريع

---

١٣٥ قارن بهذا الصدد محكمة استئناف ليون قرار ٢٥ مارس ١٨٧٣ دالوز ١٨٧٣ – ٢ – ٦٨ ومحكمة استئناف باريز قرار ٥ ابريل ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٣ – ٢ – ٢٧٩ .

١٣٦ محكمة استئناف تولوز قرار ٥ نوفمبر ١٩٠٠ تحت قرار محكمة النقض الفرنسية تاريخ ٢٠ ابريل ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤ – ١ – ٤٢٠ .

١٣٧ المحكمة الابتدائية في نيس قرار ٢٢ ديسمبر ١٩٠٩ سيريه ١٩١٠ – ٢ – ٢٩٣ – ومحكمة استئناف بوردو قرار ١٣ ديسمبر ١٩١٢ سيريه ١٩١٥ – ٢ – ٣٨ .

المغربي . لذا عندما طعن في قرار صدر عن المحكمة الابتدائية في الرباط متضمناً الحكم بعدم مشروعية اتفاق تم بين عدة شركات مغربية التزمت هذه الشركات بمقتضاه الاشتراك في مناقصة أجرتها وزارة الدفاع في فرنسا على أن تقتسم فيما بينها صنع المواد المطلوب تقديمها وفق نسبة معينة أياً كانت الشركة التي ترسو عليها المناقصة ، وذلك تأسيساً من المحكمة على أن مثل هذا الاتفاق من شأنه الحيلولة دون المزاحمة الحرة في المناقصات العامة أو على الأقل الحد من هذه المزاحمة وهو ما يخالف النظام العام ، عمدت محكمة الاستئناف إلى فسخ قرار المحكمة الابتدائية لعدم تعارض الاتفاق آنف الذكر للنظام العام المغربي ، معللة الفسخ بقولها : « إن القضاء لئن كان يدخل في مهامه حماية النظام العام عن طريق تقرير بطلان العقود الخاصة التي من شأنها المساس به ، فإن مهامه هذه تنحصر في إطار النظام العام الوطني وإن على الدولة الأجنبية أن تعمد هي إلى صيانة النظام العام فوق ترابها بالوسائل الكفيلة بفرض احترام مبادئ تشريعها وحسن سير خدماتها العامة » [١٣٨] .

١٤٣ – الشرط الثالث : وجوب كون السبب حقيقياً : يقصد بكون السبب حقيقياً أن لا يكون كاذباً . وقد أشار المشرع المغربي إلى هذا الشرط في المواد ٦٣ و ٦٤ و ٦٥ .

ويتحقق الكذب في السبب عندما يعمد المتعاقدان عن سابق تصور

---

١٣٨ محكمة الاستئناف في الرباط (الغرفة الرابعة) قرار قم ٥٥٤٠ تاريخ ١٩٦٣/٣/٣٠ مجموعة قرارات المحاكم الاستئنافية في المغرب العــدد ١٧١ – ١٧٢ يوليوز – ديسمبر ١٩٦٣ صفحة ٢٢٩ .

وتصميم إلى الصورية عن طريق إخفاء سبب الالتزام الحقيقي – وهو عادة غير مشروع – وراء سبب ظاهر مشروع لا يمت إلى الحقيقة بصلة ، كأن يوقع المدين سنداً يقر فيه أن الدين المترتب بذمته ناشئ عن قرض في حين أن سبب الدين الحقيقي هو اللعب والمقامرة ، أو هو فائدة اشترطها الدائن المسلم على مدينه المسلم .

وطبيعي أن العبرة للسبب الظاهر المشروع الذي يعتد به كسبب حقيقي إلى أن يثبت العكس . وهذا ما أوضحته المادة ٦٤ بقولها : « يفترض أن السبب المذكور هو السبب الحقيقي حتى يثبت العكس » .

وإذا ثبت أن السبب المذكور غير حقيقي كان على من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يقيم الدليل عليه (المادة ٦٥) .

١٤٤ – **نقد نظرية السبب التقليدية** : كانت نظرية السبب التقليدية هدفاً لنقد شديد وجه إليها . وقد حمل لواء النقد الأستاذ « بلانيول » (Planiol) الذي أخذ عليها أنها غير صحيحة من جهة وأنها من جهة ثانية عديمة الفائدة .

أولاً – فهي غير صحيحة على حد رأي خصوم النظرية للاعتبارات التالية :

(آ) في العقود التبادلية لا يصح القول بأن سبب الالتزام هو الالتزام المقابل له لأن الالتزامين ينشآن معاً بالعقد والسبب يجب أن يسبق المسبب .

(ب) وفي العقود العينية يقولون إن سبب التزام متسلم العين هو التسليم الواقع إليه ، بينما التسليم في العقد العيني هو عنصر من عناصر العقد المنشئ للالتزام ، أي هو من أركان مصدر الالتزام والفارق كبير بين مصدر الالتزام

(source de l'obligation) وبين سبب الالتزام (cause de l'obligation).

(ج) وفي عقود التبرع يقولون إن سبب التزام المتبرع هو في نية التبرع وهذا ليس صحيحاً لأن نية التبرع هي نفسها ركن الرضى في التبرع .

ثانياً – ثم هي نظرية عديمة الفائدة إذ يمكن الوصول إلى النتائج التي تهدف إليها من طريق آخر :

(آ) ففي العقود التبادلية يكفي القول بأن الالتزامين المتقابلين مترابطان بحيث يتوقف مصير أحدهما على مصير الآخر . فإذا كان أحدهما باطلاً لانعدام المحل كما في التزام بائع سفينة غرقت ، أو لعدم مشروعيته كالتزام شخص بارتكاب جريمة مقابل مبلغ من المال يتقاضاه من شخص آخر ، بطل كذلك الالتزام المقابل على أساس الارتباط القائم بين الإلتزامين .

(ب) وفي العقود العينية ، إن انعدام التسليم معناه انعدام العقد ذاته لعدم توفر ركن من أركان انعقاده . فلا حاجة لتعليل بطلان التزام الوديع أو المرتهن أو المستعير بعلة عدم وجود السبب ، ما دام العقد نفسه ، مصدر الالتزام ، غير قائم .

(ج) وما يقال في العقود العينية يردد مثله تماماً في عقود التبرع حيث نية التبرع ليست سوى الرضى نفسه . فعند عدمها لا ينعقد العقد لفقدان ركنه وهو الرضى .

ويخلص خصوم نظرية السبب التقليدية من هذا النقد إلى نتيجة هي وجوب الاستغناء عن هذه النظرية وحذف نصوصها من القانون .

١٤٥ – الرد على النقد : قام أنصار نظرية السبب التقليدية بالرد على النقد الذي وجه اليها ، وتبنى الأستاذ « كابيتان » (Capitant) حملة الرد انتصاراً للنظرية وأثبت صحتها من جهة وفائدتها من جهة ثانية .

أولاً – فنظرية السبب التقليدية هي صحيحة لما يلي :

(آ) في العقود التبادلية ، كان يصح النقد لو أن السبب الذي تعنيه النظرية هو السبب المنشئ للالتزام أو المصدر المولد له . فالتزام البائع بنقل ملكية المبيع أو التزام المشتري بدفع الثمن ، سببه المنشئ البيع الذي عقده البائع والمشتري ، ولا يمكن طبعاً أن يتولد هذا الالتزام أو ذاك ما لم يسبق ذلك انعقاد البيع . فبهذا المعنى يصح القول بأن السبب يجب أن يسبق المسبب . ولكن اصطلاح النظرية في السبب أنه الغرض القصدي أو الهدف المباشر كما سلف بيانه وبهذا المعنى ليس ما يحول دون أن يكون كل من الالتزامين المتقابلين مقصداً مباشراً للالتزام الآخر دون حاجة إلى تعاقب زمني .

(ب) وفي العقود العينية لا جرم أن التسليم الذي يعتبر سبب الالتزام هو في الوقت نفسه ركن انعقاد . ولكن أي تناقض في أن يكون للتسليم هذان الوجهان بحيث يعتبر في آن واحد عنصراً من عناصر انعقاد العقد العيني ، وسبباً لالتزام المتسلم .

(ج) وفي عقود التبرع إذا قيل إن نية التبرع هي السبب ، فليس في هذا خلط بين الرضى والسبب : ذلك أن إرادة المتبرع تتحلل إلى عنصرين : الأول إرادته أن يلتزم وهذا هو الرضى ، والثاني إرادته أن يكون هذا الالتزام على سبيل التبرع وهذا هو السبب .

ثانياً – ثم إن نظرية السبب التقليدية هي مفيدة للأسباب التالية :

(آ) فبفضل هذه النظرية يمكن إبطال عقود تبادلية في حالات لا يتيسر إبطالها على أساس المحل وحده : فمثلاً إذا ما تعهد شخص بدفع مبلغ من المال لآخر حتى لا يقدم على ارتكاب جريمة ، نجد أنفسنا أمام التزامين لا غبار عليهما من حيث المحل الذي هو مشروع في كليهما ، ومع ذلك لا يصح اعتبار مثل هذا الاتفاق صحيحاً لمخالفته للقواعد الأخلاقية ، التي تتطلب أن يكون الامتناع عن ارتكاب الجرائم واجباً يقوم به المرء طواعية ، لا أن يصبح مصدراً للكسب والمكافئات . وما من سبيل للوصول إلى ذلك إلا عن طريق الرابطة السببية بين الالتزامين التي تسمح لنا بأن نعتبر الالتزام بدفع مبلغ من المال بسبب عدم ارتكاب الطرف الآخر عملاً إجرامياً هو التزام مبني على سبب غير مشروع وبالتالي هو التزام باطل .

(ب) ثم إن مفهوم السبب هو الذي يفسر في العقود التبادلية ارتباط مصير كل من الالتزامين المتقابلين بمصير الآخر ، وهو الذي يعتبر أساساً لبعض الأوضاع القانونية كالدفع بعدم التنفيذ ، أو المطالبة بالفسخ ، أو تحلل أحد المتعاقدين من التزامه لانقضاء التزام الطرف الآخر بسبب لا يد له فيه : فإذا كان باستطاعة أحد الطرفين في العقود التبادلية أن يمتنع عن التنفيذ ما دام الطرف الآخر لم يقم بتنفيذ التزامه ، أو أن يطلب فسخ العقد لعدم قيام من تعاقد معه بالتنفيذ ، أو أن يتحلل من التزامه لأنه استحال على المتعاقد الآخر تنفيذ التزامه لسبب أجنبي لا يد له فيه ، فما ذلك كله إلا لأن التزام كل من الطرفين المتعاقدين في العقود التبادلية هو سبب لالتزام الآخر يبقى ببقائه ويزول بزواله .

(ج) يضاف إلى ذلك أن مفهوم السبب هو الذي يساعد على التمييز بين عقود المعاوضة وعقود التبرع : ذلك أن نية التبرع – وهي السبب في النظرية التقليدية – تشكل الركيزة الأساسية في عقود التبرع بحيث إذا وجدت وجد معها عقد التبرع وإذا انتفت أصبح العقد عقد معاوضة .

١٤٦ – **موقفنا من نظرية السبب** : إننا من أنصار نظرية السبب رغم أن بعض التقنينات الحديثة كالقانون المدني الألماني لم تأخذ بها . ذلك أن نظرية المحل لا تكفي لإبطال بعض العقود التي لا يقبل المنطق القانوني إقرارها لمنافاتها القواعد الاخلاقية . أضف إلى ذلك أن نظرية السبب هي التي تفسر فكرة الارتباط في العقود التبادلية على النحو الذي سبق بيانه ، كما أنها هي التي تشكل عماد التفرقة بين العقود بعوض والعقود بلا عوض . وإننا لنرى ترديد ما قاله الفقيه الفرنسي « جوسران » (Josserand) من أنه « إذا كان ثمة لوم يوجه إلى المفهوم التقليدي للسبب ، فما هو في وجوده بل لأنه وجد بصورة غير كافية . وإذا كانت ثمة قضية تطرح فليست في العمل على الاستغناء عن مفهوم السبب وحذف نصوصه من التشريع ، بل في العمل على أن يفسح أمامه مجال أوسع للتطبيق »[١٣٩] .

١٣٩ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ١٤١ صفحة ٧٤ و ٧٥ .

المبحث الثالث

النظرية الحديثة في السبب :

الباعث الشخصي أو سبب العقد

١٤٧ – **عيب النظرية التقليدية** : إن النظر ية التقليدية للسبب على صحتها وفائدتها تبقى نظرية قاصرة يعيبها أنها اقتصرت على الاعتداد بالغرض المباشر للالتزام دون سائر العوامل التي دفعت الملتزم على الالتزام والبواعث التي حملته على التعاقد . فإذا ما وهب شخص مبلغاً من المال لآخر ، تقع هذه الهبة صحيحة بحسب نظرية السبب التقليدية ، أياً كانت البواعث التي حملت الواهب على التبرع ، مع أن هذه البواعث منها ما يكون مشروعاً كما في الهبة لقريب معوز مساعدة له في أمور معيشته ، أو كما في الهبة لمؤسسة علمية تمكيناً لها من متابعة دراسات أو اختبارات باهظة التكاليف ، ومنها ما يكون غير مشروع كما في الهبة في سبيل الرشوة وشراء الضمائر ، أو كما في الهبة لخلق علاقة جنسية غير مشروعة .

فإذا كان المنطق القانوني السليم يقبل بصحة الهبة عندما يكون الدافع إليها باعثاً مشروعاً ، فإنه يأبى أن يقر صحة الهبة عندما يكون الدافع إليها باعثاً غير مشروع .

وهنا يكمن عيب نظرية السبب التقليدية ويتجلى نقصها في مواجهة جميع الحالات التي يجب اعتبار العقد فيها باطلاً .

١٤٨ – القضاء الفرنسي يسد النقص فيعتمد نظرية حديثة تعتد بالباعث : لمس القضاء الفرنسي هذا القصور في نظرية السبب التقليدية فبادر إلى سد النقص عن طريق إضافة مفهوم جديد إلى مفهوم السبب التقليدي هو مفهوم الباعث الرئيسي الذي حمل على التعاقد : فالقضاء الفرنسي توسع في تفسير نصوص القانون المدني الفرنسي من حيث أنه اعتبرها شاملة السبب في مفهومه التقليدي (أي سبب الالتزام) وكذلك الباعث الدافع الذي حمل المتعاقد على التعاقد (أي سبب العقد) مشترطاً في هذا الباعث الدافع أن يكون مشروعاً وإلا كان التصرف باطلاً .

١٤٩ – تطبيقات القضاء : لقد طبق القضاء الفرنسي نظريته الجديدة في السبب وقضى ببطلان تصرفات تأسيساً على ان الباعث على إبرامها كان غير مشروع .

وأكثر ما حصل ذلك في عقود التبرع . فهكذا مثلاً أبطل القضاء تبرعاً لأن الباعث الذي دفع إليه علاقة بنوة غير شرعية[١٤٠] . وأبطل تبرعاً آخر وقع من زوج لزوجته كي تقبل الانفصال عنه انفصالاً ودياً وهو باعث غير مشروع[١٤١] . وأبطل كذلك تبرعاً من خليل لخليلته لأن الباعث عليه إنشاء أو استمرار علاقة جنسية غير شرعية[١٤٢] .

أما في عقود المعاوضة ، فقد قرر القضاء بطلان عقود قرض أو إيجار لأن

---

١٤٠ تمييز فرنسي قرار ٢٩ يونيو ١٨٨٧ دالوز ١٨٨٨ – ١ – ٢٩٥ .

١٤١ تمييز فرنسي قرار ٢ يناير ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٧ – ١ – ١٣٧ .

١٤٢ تمييز فرنسي قرار ٨ يونيو ١٩٢٦ دالوز ١٢٧ – ١ – ١١٣ .

الباعث عليها كان إعداد أمكنة للبغاء أو المقامرة[١٤٣] ، كما قرر بطلان قرض يقصد منه تمكين المقترض من متابعة المقامرة[١٤٤] ، أو الابقاء على علاقة غير شريفة تربط المقرض بخليلته[١٤٥] . وكذلك قرر القضاء السوري بطلان تنازل قوادة في المحل العمومي عن دار للبغاء لقوادة أخرى معتبراً أن التعاقد على استثمار دور البغاء يعتبر مخلاً بالآداب والأخلاق العامة وبالتالي يعتبر باطلاً »[١٤٦] والقضاء المغربي من جهته قرر أنه « يعتبر باطلاً ولا ينتج أي أثر عقد تأسيس جمعية تهدف إلى استغلال دار للمعاهرة ، لأنه يشكل اتفاقاً مخالفاً للأخلاق الحميدة أو حسن الآداب »[١٤٧]

---

١٤٣ تمييز فرنسي قرار ١٥ ديسمبر ١٨٧٣ دالوز ١٨٧٤ - ١ - ٢٢٢ ، وقرار ١١ نوفبر ١٨٩٠ دالوز ١٨٩١ - ١ - ٢٨٤ ، وقرار ١٧ يوليوز ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٦ - ١ - ٧٢ .

١٤٤ تمييز فرنسي قرار ٤ يوليوز ١٨٩٢ دالوز ١٨٩٢ - ١ - ٥٠٠ .

١٤٥ تمييز فرنسي قرار ١٧ ابريل ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ١٧٢ .

١٤٦ المحكمة الاستئنافية بحلب الحكم رقم أساس ٨٧ قرار ١٩٥٨ تاريخ ١٩٥٨/٢/٤ مجلة القضاء والقانون العدد ٣٠ يونيو ١٩٦٠ صفحة ٣٨٦ .

١٤٧ محكمة الاستئناف في الرباط قرار صادر بتاريخ ١٢ فبراير ١٩١٩ ، مجلة المحاكم المغربية العدد ٣٦٧ سنة ٢٩/١٩٢٨ . ومن المفيد لفت النظر إلى أن التشريعات التي تبيح دور البغاء شريطة الحصول على ترخيص رسمي لا تكون قد اعترفت بشرعية التزاني بطبيعة الحال بل هي تتغاضى عن وجود هذه الدور الضرورية لمنع تفشي الأمراض التناسلية لخضوعها للمراقبة الصحية من جهة وللقضاء على الدور السرية للبغاء قدر المستطاع . وبدهي أن السكوت والتغاضي شيء والاعتراف بشرعية تلك الدور شيء آخر .

١٥٠ - وجوب إقامة البينة على عدم مشروعية الباعث : لا بد لتقرير بطلان العقد من أن تقوم البينة على كون الباعث الذي دفع إلى التعاقد باعثاً غير مشروع ، إذ المفروض في العقد أنه مبني على باعث مشروع . فعلى من يريد هدم هذه القرنية أن يقيم البينة على عكسها .

وهذه البينة يمكن استخلاصها من خطابات متبادلة بين الطرفين تشير إلى الباعث غير المشروع الذي دفع إلى التعاقد ، أو من اعتراف يصدر عنهما ، أو من أي دليل آخر يكون منه القاضي قناعته لأن عدم مشروعية الباعث من الأمور الواقعية التي يجوز اثباتها بجميع الوسائل ولا سيما بالشهادة والقرائن .

١٥١ - هل يشترط أن يكون الباعث غير المشروع مشتركا بين المتعاقدين : مر معنا أن الباعث عنصر ذاتي يختلف من متعاقد إلى آخر في النوع الواحد من العقود وأن هذا الباعث قد يكون مشروعاً وقد يكون غير مشروع . فإذا كان غير مشروع وقع العقد باطلاً(١٤٨) .

ولكن هل يكفي لبطلان العقد أن يكون الباعث غير المشروع متحققاً في جانب أحد المتعاقدين دون المتعاقد الآخر ، أم يشترط للبطلان أن يكون الباعث غير المشروع مشتركاً بين المتعاقدين أي أن يكون هو الدافع لكل منهما على التعاقد أو على الأقل أن يكون أحدهما عالماً بالغرض غير المشروع الذي يسعى الطرف الآخر لتحقيقه .

للجواب على هذا السؤال يميز بين أن يكون العقد عقداً بعوض أم عقداً

---

١٤٨ راجع نبذة رقم ١٣٠ ونبذة رقم ١٤٧ أعلاه .

تبرعياً .

(آ) فإذا كان العقد من عقود العوض اشترط لبطلانه أن يكون الباعث غير المشروع مشتركاً بين الطرفين ضماناً لاستقرار المعاملات وطمأنة للناس على مصير عقودهم فلا يفاجأ أحد المتعاقدين بإبطال عقد أبرمه بسبب باعث غير مشروع لدى المتعاقد الآخر لا يعلم من أمره شيئاً . فإذا ما اشترى أو استأجر مثلاً شخص داراً بغرض تخصيصها للدعارة وكان البائع أو المؤجر يجهل غرض المشتري فلا يحكم ببطلان العقد . ولكنه يتعين البطلان إذا كان إعداد الدار للدعارة هو الدافع الذي حمل الطرفين على التعاقد ، بل يُكتفي على الرأي الراجح أن يكون البائع أو المؤجر قد أبرم العقد وهو على علم بالغرض الذي يهدف إليه المشتري أو المستأجر : ذلك أن بطلان العقد لعدم مشروعية الباعث هو بمثابة جزاء على خطأ ، والمتعاقد الذي يوافق على إبرام عقد رغم علمه بعدم مشروعية الباعث الذي حمل المتعاقد الآخر على التعاقد ، إنما يشترك في الخطأ ولا مبرر لحمايته من بطلان هذا العقد .

(ب) أما إذا كان العقد عقداً بلا عوض فلا يشترط لبطلانه أن يكون الباعث غير المشروع مشتركاً بين الطرفين . وعليه فعقد الهبة مثلاً يقع باطلاً لمجرد أن الباعث الذي حمل الواهب على التبرع هو باعث غير مشروع ولو لم يكن الموهوب له على علم بهذا الباعث : ذلك أن من يتلقى شيئاً بدون مقابل يكون أدنى مرتبة بالرعاية ممن يتلقى الشيء بمقابل ، فلا ضرورة إذن للتشدد في شروط هدم العقد الذي أبرم لصالحه ولا حاجة لأن يكون المتبرع إليه مشتركاً مع المتبرع في الباعث غير المشروع أو عالماً بهذا الباعث ليقضى ببطلان التبرع .

١٥٢ – وجوب الأخذ في المغرب بالنظرية الحديثة : لقد مرّ معنا أن المشرع المغربي أخذ بالنظرية التقليدية للسبب وصاغ أحكامها في المواد ٦٢ إلى ٦٥ على النمط الذي كان اعتمده المشرع الفرنسي في المواد ١١٣١ إلى ١١٣٣ من القانون المدني الفرنسي[١٤٩] .

غير أننا نرى وجوب تفسير نصوص قانون الالتزامات والعقود في ضوء النظرية الحديثة التي اعتمدها القضاء الفرنسي بحيث لا تعتبر هذه النصوص قاصرة على السبب في المفهوم الموضوعي ، أي على سبب الالتزام الذي لا يتبدل ولا يتغير في النوع الواحد من العقود ، بل شاملة أيضاً السبب في المفهوم الشخصي ، أي الباعث الرئيسي الذي حمل المتعاقد على التعاقد والذي يختلف من عقد إلى عقد في النوع الواحد من العقود تبعاً لمقاصد المتعاقد وأغراضه .

وبذلك لا يكفي لقيام الالتزام وصحته الاعتداد فقط بالغرض المباشر الذي هدف اليه الملتزم أي بالسبب في المفهوم الموضوعي ، بل لا بد أيضاً من الاهتمام بالباعث الشخصي الذي حمل الملتزم على التعاقد أي بسبب العقد الذي يجب هو كذلك أن يكون مشروعاً وإلا كان العقد باطلاً .

ولا بد من التذكير إلى أنه يكتفى لبطلان عقد التبرع أن يكون الباعث غير المشروع متحققاً في جانب المتبرع وحده . أما في عقود العوض ، فلا بد حتى يقضى بالبطلان ، أن يكون الباعث غير المشروع مشتركاً بين الطرفين أي أن يكون هو الدافع لكليهما على التعاقد أو على الأقل ان يكون أحدهما عالماً بعدم

---

١٤٩ راجع النبذة رقم ١٣٦ أعلاه .

مشروعية الباعث الذي حمل الفريق الآخر على إبرام العقد .

الفرع الخامس

ركن الشكلية وركن التسليم

١٥٣ - **الأصل في العقود أنها رضائية** : القاعدة السائدة اليوم هي رضائية العقود ، بمعنى أن المتعاقدين ، بمجرد أن يقع رضاهما السليم على محل ، ويحمل على سبب مشروع ، يصلان إلى إبرام العقد الذي كانا ينويان عقده . وليس عليهما اتباع شكل معين ليكون تعاقدهما صحيحا : فقد ينعقد العقد مشافهة ، أو بالمراسلة ، أو بالهاتف . فأثاره تبقى هي هي لا تتغير ولا تتبدل ، أياً كان الشكل الذي ورد فيه العقد .

١٥٤ - **استثناء تكون العقود شكلية أو عينية** : إن لمبدأ رضائية العقود بعض الاستثناءات . وهذه الاستثناءات تتجلى بالعقود الشكلية وبالعقود العينية .

(آ) فالعقود الشكلية (contrats formels) هي التي يشترط لانعقادها ، علاوة على الشروط المتطلبة في العقود الرضائية ، توافر بعض المراسم الشكلية . فبيع العقارات أو الحقوق العقارية مثلاً يشترط فيه القانون أن يجري كتابة في محرر ثابت التاريخ (المادة ٤٨٩ من قانون الالتزامات والعقود) . والمقايضة كذلك ، إذا كان محلها عقاراً ، تخضع لنفس المراسم (المادة ٤٦٩ المعطوف عليها بالمادة ٦٢٠) . والشركة التي يكون محلها عقارات أو غيرها من الأموال مما يمكن رهنه رهناً رسمياً والتي تبرم لتستمر أكثر من ثلاث سنوات ، أوجب

المشرع أن يحرر عقدها كتابة تحت طائلة البطلان (المادة ٩٨٧) .

(ب) والعقود العينية (contrats réels) هي التي يشترط لانعقادها ، علاوة على الشروط المتطلبة في العقود الرضائية ، أن يجري فيها تسليم الشيء المعقود عليه ، بحيث لا يتم العقد إلا إذا تم ركن التسليم . فالرهن الحيازي مثلاً لا ينعقد « إلا بوضع الشيء المرهون فعلياً في سلطة الدائن أو في سلطة أحد من الغير يتفق عليه بين المتعاقدين » (المادة ١١٨٨) . ومن العقود العينية أيضاً التي لا تتم إلا بالتسليم الوديعة (المادة ٧٨١) ، وعارية الاستعمال (المادة ٨٣٠) ، وعارية الاستهلاك أو القرض (المادة ٨٥٦) .

الفصل الثالث

بطلان العقود وإبطالها

١٥٥ - **التمييز بين البطلان والإبطال والفسخ** : يجب التمييز من جهة بين البطلان والإبطال ، ومن جهة ثانية بين البطلان والإبطال من ناحية والفسخ من ناحية أُخرى .

(آ) فالبطلان (nullité) هو الجزاء الذي يقرره المشرع إما على عدم توافر ركن من أركان العقد (كما لو كان أحد المتعاقدين صغيراً غير مميز ، أو كان محل الالتزام التعاقدي عملاً مستحيلاً ، أو كان الالتزام يفتقر إلى سبب يحمل عليه) ، وإما بموجب نص قانوني يقضي في حالة خاصة ولاعتبارات تتعلق بالنظام العام ، ببطلان تصرف ما رغم توفر سائر أركان انعقاده .

(ب) أما الإبطال (annulation) فهو الجزاء الذي يرتبه المشرع إما

على الاخلال بشرط من شروط صحة العقد (كما لو كانت إرادة أحد المتعاقدين غير سليمة لتعيبها بعيب من عيوب الرضى ، أو لو كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية) ، وإما بموجب نص قانوني يمنح حق الإبطال لأحد المتعاقدين في بعض الحالات .

(ج) ويتميز البطلان والإبطال عن الفسخ (résolution) في أن البطـلان أو الإبطال يرجع إلى خلل في تكوين العقد ، بينما الفسخ يفترض فيه ان العقد نشأ سليماً مستوفياً أركان انعقاده وشرائط صحته ، ثم حصل أن أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، فلجأ الطرف الآخر إلى طلب فسخ العقد ليتحلل هو أيضاً من الالتزام المترتب عليه . لذلك لا يتصور الفسخ إلا في العقود التبادلية ، في حين أن البطلان أو الإبطال يمكن أن يصيب العقود التبادلية والعقود غير التبادلية على حد سواء .

١٥٦ – **النظرية التقليدية في البطلان** : (آ) كانت النظرية التقليدية تعطي البطلان مفهوماً واسعاً بحيث تجعله شاملاً الإبطال ، وتقسم البطلان إلى نوعين : بطلان مطلق وبطلان نسبي .

فالبطلان المطلق (nullité absolue) إنما يتحقق إذا تخلف في العقد ركن من أركان انعقاده (كما لو انتفت إرادة أحد المتعاقدين أو انعدم محل التزامه أو لم يكن لالتزامه سبب يحمل عليه) ، أو إذا كان هذا الركن غير مستوف شروطه (كما لو كان محل الالتزام غير معين أو كان سببه غير مشروع) .

أما البطلان النسبي (nullité relative) فهو يتحقـق إذا كان العقد مستوفياً أركان انعقاده جميعاً ، وإنما تخلف فيه شرط من شروط الصحة ، كما لو

تعييت إرادة أحد المتعاقدين بالغلط أو التدليس .

(ب) وقد قامت نظرية ثانية جعلت التقسيم ثلاثياً وصنفت البطلان إلى ثلاثة أنواع هي : الانعدام (inexistence) والبطلان المطلق ، والبطلان النسبي .

فبحسب هذه النظرية يكون العقد منعدماً إذا ما فقد ركناً من أركان انعقاده ، كأن ينعدم الرضى ، أو لا يكون للالتزام محل أو سبب ، أو لا يتوفر عنصر الشكلية أو التسليم في العقود الشكلية أو العينية .

ويكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً ، إذا كان العقد مستجمعاً أركان انعقاده ، ولكن المحل أو السبب أو الشكل غير مستوف لشروطه ، كأن يكون المحل مستحيلاً ، أو السبب غير مشروع ، أو الشكل غير مستجمع الأوضاع القانونية المتطلبة فيه ، كما لو كان القانون يشترط لصحة العقد حجة رسمية فينظم بحجة عرفية .

ويكون العقد باطلاً بطلاناً نسبياً ، إذا كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية ، أو كانت إرادته مشوبة بعيب من عيوب الرضى .

ويرى القائلون بهذه النظرية أن الانعدام يتميز عن البطلان المطلق من ناحيتين :

أولاً – العقد المنعدم لا يحتاج إلى حكم ببطلانه فهو منعدم من تلقاء نفسه ، بينما العقد الباطل بطلاناً مطلقاً قد توفرت عناصر وجوده فلا بد من صدور حكم يقضي ببطلانه .

ثانياً – العقد المنعدم لا يمكن أن يترتب عليه أي أثر قانوني ، بينما العقد الباطل بطلاناً مطلقاً قد تترتب عليه بعض الآثار القانونية .

(ج) ومنَ الملاحظ أن القضاء في المغرب تأثر بهذه النظرية ، وميز أحياناً بين الانعدام والبطلان المطلق : فهكذا ورد في حيثيات قرار صادر عن محكمة الاستئناف في الرباط أن الزواج الذي أُبرم بين زوج يوناني أورثوذكسي وزوجة فرنسية حسب الشعائر الدينية للمذهب الارثوذكسي ودون مراعاة مراسم الزواج المدني المتطلبة بموجب القانون المدني الفرنسي الذي هو قانون الأحوال الشخصية للزوجة ، لا يعتبر زواجاً منعدماً ، بل هو زواج باطل تترتب عليه بعض الآثار ، ومنها ثبوت التوارث بين الزوجين[1] .

وكذلك نجد أثراً للتفريق بين الانعدام والبطلان في قانون الالتزامات والعقود حيث قرر المشرع وجوب اعتبار الوكالة باطلة ، إذا كان محلها مستحيلاً أو مجهولاً جهالة فاحشة ، أو إذا كان محلها أعمالاً مخالفة للنظام العام أو الآداب أو القوانين المدنية والدينية (المادة ٨٨١) ، ثم قرر وجوب اعتبار الوكالة كأن لم تكن (أي منعدمة) ، إذا كان محلها عملاً لا يجوز إجراؤه بطريق النيابة كأداء اليمين (المادة ٨٨٢) .

(د) وفي الحقيقة ليس هناك فارق بين الانعدام وبين البطلان المطلق :

---

١ محكمة استئناف الرباط (الغرفة الثالثة) قرار رقم ٥٥٩٣ تاريخ ١٩٦٤/١/١٧ مجموعة قرارات المحاكم الاستئنافية في المغرب العدد رقم ١٧٣ – ١٧٤ يناير – يونيو ١٩٦٤ صفحة ٣٧٩ .

ففي كلا الحالين لا بد من اللجوء إلى القضاء لتقرير البطلان . وفي كلا الحالين قد تترتب ، على خلاف الأصل ، بعض الآثار على العقد الباطل سواء كان من نوع العقد المنعدم ، أم من نوع العقد الباطل بطلاناً مطلقاً ، كاسترداد ما دفع بغير حق تنفيذاً لعقد باطل (المادة ٣٠٦) . يضاف إلى ذلك أن التمييز بين العقد المنعدم وبين العقد البـاطل بطلاناً مطلقاً ليس مستساغاً من الناحية المنطقية ، بل لا وجه له ، لأن كلا العقدين معدوم في نظر القانون .

لذلك لم يكتب النجاح للنظرية القائلة بتقسيم البطلان إلى ثلاثة أنواع ، وبقيت السيادة في عالم القانون حتى أمد قصير ، إلى النظرية التقليدية القـائلة بتقسيم البطلان إلى نوعين : بطلان مطلق وبطلان نسبي .

١٥٧ – النظرية الحديثة القائمة على التمييز بين البطلان والإبطال : إن سيادة النظرية التقليدية في البطلان بدأت تتقلص ، وظهر اتجاه جديد يأخذ عليها اقرارها نوعين من البطلان ، في حين أن البطلان نوع واحد فقط ، لأن مفهومـه العدم ، والعدم ليس فيه مراتب متدرجة . وما يسمى بالبطلان النسبي ، ليس فيه شيء من معنى البطلان ، لأن العقد يكون فيه منعقداً ، وكل ما فيه إنما هو قابليته للإبطال . فالتعبير عن هذه القابلية ، بالبطلان النسبي ، هو تعبير خاطئ .

لذلك قامت نظرية حديثة قوامها التمييز بين البطلان من جهة (nullité) وهو ما كان يسمى في النظرية التقليدية بالبطلان المطلق ، وبين قابلية الإبطال (annulabilité) أو الإبطال (annulation) وهو ما كان يسمى بالبطلان النسبي .

وقد اعتنق قانون الالتزامات والعقود المغربي هذه النظرية الحديثة ، وخص القسم الخامس من الكتاب الأول لبحث « بطلان الالتزامات وإبطالها » .

ومن الجدير بالذكر ، أن القانون المدني المصري والقانون المدني السوري هجرا ، هما أيضاً ، النظرية القديمة ، وأخذا بالنظرية الجديدة القائلة بالتمييز بين البطلان من جهة والإبطال من جهة ثانية[٢] .

١٥٨ – **مخطط البحث** : سنعتمد في بحثنا موقف النظرية الحديثة القائمة على التمييز بين البطلان والإبطال ، ونخص لكل منهما بحثاً مستقلاً :

وعليه سنقسم هذا الفصل إلى فرعين :

الفرع الأول : البطلان .

الفرع الثاني : الإبطال .

الفرع الأول

البطلان

١٥٩ – **نظرة عامة** : لقد خص المشرع للبطلان المواد ٣٠٦ إلى ٣١٠ حيث عرض حالاته ، ثم أوضح خصائصه ، ثم بين آثاره .

ففي ضوء نصوص هذه المواد ونصوص أخرى متممة لها ، وفي هدي بعض

---

٢ راجع المواد ١٣٨ إلى ١٤٤ من القانون المدني المصري ، والمواد ١٣٩ إلى ١٤٥ من القانون المدني السوري .

المبادئ والأحكام العامة الواجبة التطبيق ولو لم يرد عليها نص ، سنبحث في حالات البطلان ، ثم في خصائصه ، ثم في آثاره .

وعليه سيشتمل هذا الفرع على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : حالات البطلان .

المبحث الثاني : خصائص البطلان .

المبحث الثالث : آثار البطلان .

المبحث الأول

حالات البطلان

١٦٠ - **بيان حالات البطلان** : من الرجوع إلى المادة ٣٠٦ يتبين أن العقد يقع باطلاً بقوة القانون في الحالتين التاليتين :

(آ) إذا كان ينقصه أحد الأركان اللازمة لانعقاده .

(ب) إذا قرر القانون بطلانه في حالة خاصة .

ولسو ف نبحث على التعاقب في كل من هاتين الحالتين :

١٦١ - **البطلان لتخلف ركن من أركان الانعقاد** : يقع العقد باطلاً إذا كان ينقصه ركن من الأركان اللازمة لانعقاده . وأركان الإنعقاد ، كما نعلم ، هي : التراضي ، والأهلية ، والمحل ، والسبب ، وركن الشكل في العقود الشكلية ، أو التسليم في العقود العينية .

(آ) فهكذا مثلاً إذا اقتصر تراضي الطرفين على شمول بعض العناصر الأساسية للعقد دون البعض الآخر ، كأن يهمل المشتري والبائع تحديد الثمن في عقد البيع ، أو إذا وقع تراضي الطرفين على بعض شروط البيع واحتفظا صراحة بشروط أخرى معينة لكي تكون موضوعاً لاتفاق لاحق ، فإن البيع في الحالتين لا ينعقد ، ويكون بالتالي باطلاً لتخلف ركن التراضي المعتبر فيه .

(ب) وإذا صدر تصرف عن صغير غير مميز ، كنا إزاء تصرف باطل ، لأن ركن الأهلية لم يتحقق في هذا التصرف .

(ج) وإذا كان محل الالتزام التعاقدي غير موجود ، كأن يتعاقد على شيء قد هلك قبل التعاقد ، أو كان مما لا يجوز التعامل فيه ، كأن يتعاقد على مواد مخدرة[٣] ، فإن مثل هذا التعاقد يقع باطلاً لتخلف ركن المحل في الالتزام التعاقدي .

(د) وإذا كان الالتزام التعاقدي لا يحمل على سبب ، كأن يتعهد وارث للموصى له بتنفيذ الوصية ، ثم يتبين أن الموصي قد رجع عن الوصية ، أو كان الالتزام التعاقدي محمولاً على سبب غير مشروع ، كأن يتعهد أحد بدفع مبلغ من المال لآخر مقابل ارتكابه جريمة ، وقع العقد باطلاً لأن ركن السبب لم يتوافر في هذا النوع من العقود .

(هـ) وإذا اتفق شخص على بيع عقار في محرر عادي ، كان التزامه

---

٣ في غير الحالات التي يجيز فيها القانون التعامل بالمواد المخدرة على وجه الاستثناء ، كما للحاجات الطبية .

باطلاً لتخلف ركن الشكلية فيه ، وهو جريان البيع في محرر ثابت التـــاريخ (المادة ٤٨٩) . وإذا اتفق المدين على رهن مال لدى دائنه رهناً حيازياً ، محتفظاً بحيازته لهذا المال ، كان عقد الرهن باطلاً لأن الرهن الحيازي من العقود العينيــة التي يتطلب تمامها توافر ركن التسليم .

١٦٢ – **البطلان بمقتضى نص في القانون** : يقع العقد باطلاً ، إذا قرر القانون في حالة خاصة بطلانه . فقد يحصل أن يكون العقد مستجمعاً سائر أركان انعقاده ، وأن لا تشوبه شائبة من هذه الناحية . ولكن المشرع يرى لاعتبارات تتعلق بالنظام العام ، أن يقرر مع ذلك بطلانه .

فهكذا مثلاً قرر المشرع بطلان كل تصرف يتعلق بتركة إنسان على قيد الحياة . فقد ورد بهذا المعنى في المادة ٦١ « لا يجوز التنازل عن تركة إنسان على قيد الحياة ولا إجراء أي تعامل فيها أو في شيء مما تشتمل عليه ولو حصل برضاه . وكل تصرف مما سبق يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً »[٤] .

وهكذا أيضاً قرر المشرع بطلان اشتراط الفائدة بين المسلمين ، وبالتـــالي بطلان عقد القرض المتضمن اشتراطاً من هذا القبيل . فقد ورد في المادة ٨٧٠ « اشتراط الفائدة بين المسلمين باطل ومبطل للعقد الذي يتضمنه سواء جـــاء صريحاً أو اتخذ شكل هدية أو أي نفع آخر للمقرض أو أي شخص غيره يتخذه وسيطاً له » .

---

٤ يلاحظ أن المشرع المغربي نص على كون البطلان هنا « بطلاناً مطلقاً » مع أنه اخذ بالنظرية الحديثة التي تميز بين البطلان من جهة والإبطال من جهة ثانية ، وأنه كان يجب ، انسجاماً مع هذا الموقف ، الاقتصار على القول بوقوع التصرف باطلاً .

ومن الأمثلة كذلك على البطلان بمقتضى نص في القانون ، ما أوردته المادة ١٠٣٤ من حيث بطلان عقد الشركة إذا تضمن شرطاً يمنح أحد الشركاء نصيباً في الأرباح أو يحمله نصيباً في الخسارة يفوق ذلك الذي يتناسب مع حصته في رأس المال ، أو ما قضت به المادة ٩٧٨ من حيث اعتبار تنازل الشريك على الشيوع عن حق طلب قسمة المال الشائع باطلاً عديم الأثر ، أو ما نصت عليه المادة ١٠٩٢ من حيث بطلان الالتزامات التي يكون سببها مقامرة أو رهان ، أو ما ورد في المادة ٧٢٩ من حيث بطلان الاتفاق الذي يكون موضوعه تعليم أو أداء السحر والشعوذة أو القيام بأعمال مخالفة للقانون أو الأخلاق الحميدة أو للنظام العام .

وفي نطاق حماية الطرف الضعيف في العقد من تسلط الطرف القوي قرر المشرع بطلان كل اتفاق يرمي إلى إيجار الإنسان خدماته لأجل غير محدد (المادة ٧٢٧) أو طول حياته أو لمدة تبلغ من الطول حداً بحيث يظل ملتزماً حتى موته (المادة ٧٢٨) .

المبحث الثاني

خصائص البطلان (6)

١٦٣ - **المقصود بخصائص البطلان** : نقصد بخصائص البطلان الأحكام العامة والقواعد التي يقتضيها منطقياً عدم انعقاد العقد الباطل . وقد ورد النص على بعض هذه الخصائص في بحث البطلان نفسه . والبعض الآخر هو من مقتضيات نصوص غيرها أو من مقتضيات المبادئ العامة الواجبة التطبيق ولو بدون نص .

ولسوف نعرض تباعاً لأهم هذه الخصائص .

١٦٤ – الخاصة الأولى : بطلان جزء من العقد يبطل العقد بمجموعه ما لم يكن العقد قابلاً للبقاء دون الجزء الذي لحقه البطلان : (آ) ورد النص على هذه الخاصة في المادة ٣٠٨ فقالت : « بطلان جزء من الالتزام يبطل الالتزام في مجموعه إلا إذا أمكن لهذا الالتزام أن يبقى قائماً بدون الجزء الذي لحقه البطلان ، وفي هذه الحالة الأخيرة يبقى الالتزام قائماً باعتباره عقداً متميزاً عن العقد الأصلي » . وبنتيجة ذلك إذا وقع تصرف ما ، وكان هـذا التصرف باطلاً في شق منه ، وتبين أن هذا التصرف يشكل في نظر المتعاقدين وحدة لا تتجزأ ، بحيث لم يكن ليتم بينهما لولا الشق الباطل ، فإن بطلان الشق يعم التصرف كله ويبطله بمجموعه . أما إذا تبين أن لا تلازم ولا ارتباط بين الشق الباطل وبين بقية أجزاء العقد ، فإن البطلان ينحصر في هذا الشق وحده ويصح العقد في الباقي ، وهذا ما يسمى اصطلاحاً بانتقاص العقد (réduction du contrat). وقد طبق المشرع هـذه الخاصة على الصلح ، فقرر في المادة ١١١٤ أن الصلح إذا شكلت أجزاؤه وحدة متماسكة ، واعترى البطلان جزء منها ، فبطلان هذا الجزء يؤول إلى بطلان الصلح كله . أما إذا كانت أجزاء الصلح مستقلة ومتميزة بعضها عن بعض ، فبطلان جزء منها لا يؤثر على صحة بقية الأجزاء التي تبقى صحيحة وملزمة للطرفين .

(ب) وقد يحصل أن يقرر المشرع نفسه بطلان العقد بمجموعه ، لبطلان شرط من شروطه ، كما فعل في المادة ٨٧٠ حيث نص على بطلان عقد القرض المعقود بين المسلمين برمته لبطلان اشتراط الفائدة فيه ، أو في المادة ١١٣١ حيث

أوجب بطلان الكفالة بمجموعها ، لبطلان شرط فيها يمنح الكفيل أجراً عن كفالته ، أو في المادة ١٠٣٤ حيث قرر بطلان عقد الشركة كله لبطلان شرط فيه يمنح أحد الشركاء نصيباً في الأرباح أو يحمله نصيباً في الخسائر يفوق ذلك الذي يتناسب مع حصته في رأس المال .

ومن الأمثلة كذلك على بطلان العقد كله لبطلان جزء منه ما إذا كان التزام أحد الطرفين المتعاقدين موقوفاً على محض إرادة الملتزم كأن يتضمن عقد البيع شرطاً من مقتضاه يلتزم البائع بالبيع إذا راق له ذلك وطاب حيث يقع التزام البائع باطلاً (المادة ١١٢) ويُفضي بطلان هذا الالتزام إلى بطلان عقد البيع بمجموعه .

(ج) وقد يحصل على العكس أن يقرر المشرع قصر البطلان على الشرط الذي يرى وجوب اعتباره كأن لم يكن ، مع الابقاء على العقد مطهراً من الشرط الباطل ، كما في عقد الشركة إذا تضمن شرطاً من شأنه إعفاء أحد الشركاء من كل مساهمة في تحمل الخسائر حيث قررت المادة ١٠٣٥ بطلان الشرط دون أن ترتب على ذلك بطلان عقد الشركة ، أو كما في عقد رهن المنقول إذا تضمن شرطاً يسمح للدائن ، عند عدم الوفاء له بدينه ، في أن يتملك المرهون ، أو أن يتصرف فيه بدون اتباع الاجراءات القانونية . فمثل هذا الشرط يقع باطلاً ويعتبر كأن لم يكن عملاً بالمادة ١٢٢٦ ، ولكن عقد الرهن يبقى قائماً وينتج جميع آثاره . ومن الأمثلة كذلك على بطلان الشرط مع بقاء العقد ، ما ورد عليه النص في المادة ٣٨ من مدونة الأحوال الشخصية من أن عقد الزواج إذا « اقترن بشرط ينافي نظامه الشرعي أو ينافي مقاصده كان الشرط باطلاً والعقد صحيحاً »

كأن يتضمن العقد مثلاً إعفاء الزوج من النفقة الشرعية من طعام وكسوة وتمريض وإسكان .

١٦٥ – **الخاصة الثانية : بطلان الالتزام الأصلي يقتضي بطلان الالتزامات التابعة ولا عكس** : (آ) لقد ورد في المادة ٣٠٧ أن « بطلان الالتزام الأصلي يترتب عليه بطلان الالتزامات التابعة ... » وأن « بطلان الالتزام التابع لا يترتب عليه بطلان الالتزام الأصلي » . والالتزام الأصلي هو الذي يقوم بذاته من دون حاجة إلى غيره ، كالتزام المستقرض في عقد القرض ، أو التزام كل من المشتري والبائع في عقد البيع . أما الالتزام التابع ، فهو القائم بغيره والذي لا يتصور وجوده بدون التزام أصلي يرتكز عليه ويكون تابعاً له ، كما في التزام الكفيل ، أو التزام الراهن ، حيث لا يقوم مثل هذا الالتزام ما لم يكن يوجد التزام أصلي نحرص على ضمان وفائه عن طريق الكفالة أو الرهن .

(ب) ولما كان من القواعد الكلية أن التابع تابع ، فإن بطلان الالتزام الأصلي يؤول إلى بطلان الالتزام التبعي . وتطبيقاً لهذه القاعدة ، نرى المشرع يقرر في المادة ١١٥٠ أن « كل الأسباب التي يترتب عليها بطلان الالتزام الأصلي يترتب عليها إنهاء الكفالة » كما نراه يقرر في المادة ١٢٣٣ أن « بطلان الالتزام الأصلي يقتضي بطلان الرهن » .

(ج) أما بطلان الالتزام التبعي ، فلا يؤثر على صحة الالتزام الأصلي الذي يبقى قائماً ومنتجاً آثاره . فإذا ما كانت الكفالة مثلاً باطلة لتضمنها شرطاً يمنح الكفيل أجراً عن كفالته (المادة ١١٤٧) ، أو إذا ما كان الرهن باطلاً لسبب يقتضي بطلانه ، فإن بطلان الكفالة أو الرهن لا يؤدي إلى بطلان

الالتزام الأصلي المضمون بهذه الكفالة أو بهذا الرهن ولا يؤثر في صحته .

١٦٦ – الخاصة الثالثة : العقد الباطل لا يقبل الاجازة ولا التصديق عليه : نصت المادة ٣١٠ على أن « اجازة الالتزام الباطل بقوة القانون أو التصديق عليه لا يكون لهما أدنى أثر » .

والاجازة (confirmation) هي أن يوافق المتعاقد على تثبيت عقد سابق قد عقده .

أما التصديق على العقد أو إقراره (Ratification) ، فهو تصرف يصدر من أجنبي عن العقد ، وبه يضيف هذا الأجنبي أثر العقد إلى نفسه ، كاقرار الموكل لتصرف جاوز الوكيل فيه حدود الوكالة .

فالعقد الباطل لا يقبل الاجازة ولا التصديق عليه ، لأن الباطل معدوم ، والعدم من الوجهة المنطقية لا ينقلب وجوداً بالاجازة أو الاقرار . يضاف إلى ذلك ، أن البطلان هو من متعلقات النظام العام ، والاجازة أو الاقرار لا تهدم اعتبار النظام العام .

وعليه ، إذا أُريد تحقيق الآثار القانونية المقصودة من العقد الباطل ، وجب إنشاء عقد جديد (réfection) . وعندئذ يكون تاريخ العقد من تاريخ توافق الارادتين عليه مجدداً ، فلا تتحقق الآثار المقصودة منه إلا من وقت إبرام العقد الجديد وليس من وقت صدور العقد الباطل .

١٦٧ – الخاصة الرابعة : البطلان لا يصححه التقادم ولكن الدعوى بالبطلان تتقادم : (آ) يقضي المنطق المجرد بأن لا يتأثر البطلان بالتقادم ،

لإن الباطل معدوم كما تقدم ، والمعدوم لا يصبح موجوداً بمضي الزمن .

فلو تم تنفيذ عقد بيع باطل ، ومضت على العقد مدة التقادم العادي ، ثم رفع البائع دعوى بطلب استرداد المبيع استناداً إلى بطلان البيع ، ينبغي نظرياً أن تسمع دعواه وأن يقضى له بالاسترداد إذا أقام البينة على صحة إدعائه وأثبت البطلان .

غير أنه يلحظ في هذا الشأن ، أن قبول الادعاء بالبطلان ، رغم مضي مدة التقادم من تاريخ العقد الباطل ينافي استقرار المعاملات لنقضه أوضاعاً تم تنفيذها واستقرت مدة طويلة .

لهذا السبب ، ورغم انتفاء النص على تقادم دعوى البطلان في القانون المدني الفرنسي ، فإن الاتجاه الغالب في الفقه والاجتهاد يميل إلى القول بتقادمها بثلاثين سنة استناداً لنص المادة ٢٢٦٢ التي تقضي بتقادم جميع الدعاوى بمضي ثلاثين عاماً .

ونحن لنفس السبب ، ورغم انتفاء النص في بحث البطلان ، نرجح القول بتقادم دعوى البطلان بخمس عشرة سنة عملاً بالمادة ٣٨٧ وبمقتضاها « كل الدعاوى الناشئة عن الالتزام تتقادم بخمس عشرة سنة » .

وعليه لو تم تنفيذ عقد بيع باطل مثلاً ، ثم ادعى البائع أو المشتري بالبطلان ، وطالب البائع باسترداد المبيع أو المشتري باسترداد الثمن ، فإن مثل هذه الدعوى لا تسمع إذا مـا رفعت بعد خمس عشرة سنة من تاريخ البيع .

وتجدر الملاحظة إلى أن المشرع المصري والمشرع السوري قـد أوضحـا

بنص صريح أن دعوى البطلان تسقط بمضي خمس عشرة سنة من تاريخ العقد[٥] .

(ب) أما الدفع بالبطلان ، فمن المجمع عليه أنه لا يتقادم أبداً . فلو أن المشتري ، في دعوى ما أُقيمت عليه ، وجد من مصلحته التمسك ببطلان البيع الذي كان عقد لمصلحته ، ليدفع دعوى المدعي ، كان له ذلك ، ولو أنه ، في الوقت الذي يدلي فيه بالدفع بالبطلان ، يكون قد مضى على البيع أكثر من خمس عشرة سنة .

والمستند الفقهي لعدم تقادم الدفع بالبطلان ، هو أن التقادم لا يبدأ إلا من وقت تمكن صاحب الحق من مباشرة حقه ، والدفع لا يمكن مباشرته إلا بعد الدعوى .

لذلك ورغم انتفاء النص على عدم تقادم الدفع بالبطلان ، فإننا نقول بوجوب تطبيق هذه القاعدة ، ولا سيما أن المشرع نفسه قد نص صراحة في المادة ٣١٥ على عدم تقادم الدفع بالإبطال .

١٦٨ – الخاصة الخامسة : الباطل لا يحتاج إلى إبطال : إن العقد الباطل بقوة القانون يعتبر باطلاً منذ صدوره أي غير منعقد بين عاقديه . فهو عدم في نظر القانون . وعندئذ لا يتوقف تقرير بطلانه على حكم من القاضي ، لأن القانون هو الذي قرر بطلانه من أصله ، فضلاً عن أنه لو توقف بطلانه على

---

٥ راجع الفقرة ٢ من المادة ١٤١ من القانون المدني المصري ، والفقرة ٢ من المادة ١٤٢ من القانون المدني السوري .

قضاء القاضي ، لكان قبل صدور الحكم منعقداً غير باطل ، مع أن المفروض أنه باطل بحكم القانون .

وبناء على ذلك ، لو كان العقد الباطل بيعاً مثلاً ، فإن البائع يستطيع أن يتصرف بالمبيع ، لأنه لا يزال في ملكه ، ولو لم يحصل البائع قبل تصرفه الثاني على حكم قضائي ببطلان التصرف الأول .

ولو أن المشتري الأول رفع دعوى للمطالبة بتسلم المبيع ، أمكن البائع أن يدفع الدعوى ببطلان العقد الذي يطالب المشتري بمقتضاه الزام البائع بتسليم المبيع .

فالمتمسك ببطلان العقد الباطل قبل تنفيذه ، يستطيع دائماً أن يقف موقف الدفع ، إذا هوجم بدعوى تستند إلى العقد الباطل .

والقاضي في هذه الحالة ، عندما يتبين له بطلان العقد ، لا يقضي بإبطاله ، لأنه باطل بقوة القانون قبل القضاء ، بل إنما هو يقرر اعتباره باطلاً من الأصل . فالحكم في هذه الحال هو معلن أي مظهر أو كاشف لواقع سابق (déclaratif) ، لا منشيء أي محدث لوضع قانوني جديد (Constitutif) .

أما بعد تنفيذ العقد الباطل ، فإن على من له مصلحة من المتعاقدين في التمسك بالبطلان ، أن يبادر هو إلى رفع الدعوى بذلك لاسترداد ما أداه . وعندئذ يجب طبعاً أن يتقدم بدعوى البطلان قبل انقضاء خمس عشرة سنة على العقد كي لا تتقادم دعواه .

وكذلك قد يضطر من له مصلحة في التمسك ببطلان العقد ، أن يبادر إلى رفع الدعوى ببطلانه ، ولو قبل التنفيذ ، عندما يكون سبب البطلان خاضعاً

لتقدير القضاء ، كما لو كان بطلان العقد ليس مستنداً إلى نص قانوني صريح بالبطلان ، بل إلى مخالفته لقواعد النظام العام التقديرية . فعندئذ يحتاج العاقد ذو المصلحة إلى كشف موقف القضاء من عقده فلا يبني تصرفاته اللاحقة على أساس غير ثابت .

١٦٩ – **الخاصة السادسة : لكل ذي مصلحة في البطلان أن يتمسك به وللمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها ولو لم يطلبه أحد المتقاضين** : إن سبب البطلان في العقود الباطلة بقوة القانون يعود إلى كون العقد قد خولف فيه نظام التعاقد . فالبطلان مقرر إذن رعاية للمصلحة العامة لا صيانة لمصلحة خاصة .

لذلك ، فإن لكل ذي مصلحة في البطلان أن يدعي به . وذو المصلحة هو كل من له حق يتأثر بصحة العقد أو ببطلانه . وعلى هذا الأساس يستطيع أن يتمسك بالبطلان كل من المتعاقدين ، والخلف العام كالورثة ، والخلف الخاص كمشتر ثان لعين مبيعة حيث تقضي مصلحته بالتمسك ببطلان البيع الأول حتى تخلص له العين ، والدائنون كدائني البائع الذين من مصلحتهم الادعاء ببطلان البيع لابقاء المبيع في ذمة مدينهم المالية والتنفيذ عليه لاستيفاء ديونهم من ثمنه .

ثم إن المنطق القانوني يحتم بأن يكون للقاضي أيضاً الحق ، إذا رفعت لديه دعوى تستند إلى عقد باطل ، أن يقرر البطلان من تلقاء نفسه ، حماية للمصلحة العامة ، ولو كان كل من الطرفين المتقاضيين يتمسك بالعقد ويطلب تنفيذه .

وهذه الخاصة لم يرد عليها نص في بحث البطلان ، ولكنها من مقتضيات المبادئ العامة التي يجب تطبيقها ولو بدون نص .

المبحث الثالث

آثار البطلان

١٧٠ – **نظرة عامة** : القاعدة الأصلية هي أن العقد الباطل ليس له وجود قانوني ، فلا يرتب أثراً ما سواء بالنسبة للمتعاقدين أم بالنسبة إلى الغير . وقد نص المشرع على هذه القاعدة في مطلع المادة ٣٠٦ التي استهل فيها بحث البطلان فقال : « الالتزام الباطل بقوة القانون لا يمكن أن ينتج أي أثر إلا استرداد ما دفع بغير حق تنفيذاً له » .

فالقاعدة إذن أن العقد الباطل يبقى مجرداً من أي أثر قانوني .

ولكن لهذه القاعدة بعض الاستثناءات .

وسنتناول بحث القاعدة الأصلية بالنسبة للمتعاقدين أولاً ، ثم بالنسبة للغير ، ثم نعرض بعض الحالات الاستثنائية التي رتب فيها المشرع على العقد الباطل بعض آثار العقد الصحيح .

١٧١ – **انعدام الأثر بين المتعاقدين** : (آ) العقد الباطل لا تترتب عليه آثاره بين المتعاقدين : فالبيع الباطل مثلاً لا ينقل الملكية إلى المشتري ، والإجارة الباطلة لا تؤول إلى تمليك المنافع للمستأجر ، والرهن الباطل لا يمنح حق أفضلية على المال المرهون .

وإذا كان العقد الباطل لم ينفذ بعد ، فلا سبيل لأحد المتعاقدين أن يلزم المتعاقد الثاني على تنفيذه ، ولا يلتزم أي منهما بشيء نحو الآخر .

وإذا كان العقد قد نفذ كله أو جزء منه ، فإن من مقتضيات البطلان الطبيعية نقض التنفيذ الحاصل ، وإعادة العاقدين إلى حالهما قبل التعاقد ، إذ من القواعد الكلية أن ما بني على الباطل باطل . فإذا كان العقد الباطل بيعاً مثلاً ، وتم تنفيذه بالتقابض ، فإنه يحق للبائع استرداد المبيع ، ويحق للمشتري استرداد الثمن . وهذا ما أشارت إليه المادة ٣٠٦ إذ أجازت « استرداد ما دفع بغير حق تنفيذاً للعقد الباطل » .

وإذا أصبح من المستحيل إعادة المتعاقدين إلى حالهما قبل التعاقد ، جاز للمحكمة أن تحكم للمتضرر من هذه الاستحالة بتعويض معادل للضرر الذي أصابه ، وذلك وفقاً للمبادئ العامة . فإذا ما أبطل عقد إيجار مثلاً بعد أن استمر مدة من الزمن دون أن يكون المستأجر أدى أجرة المأجور ، أو أبطل عقد بيع بعد أن جنى المشتري ثمار المبيع ، تعذر إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد لأن المستأجر انتفع فعلاً بالمأجور طيلة المدة التي استمر خلالها العقد ، والمشتري استولى على ثمار المبيع وحرم البائع منها . لذلك يتعين على القاضي ، إذ يقرر بطلان عقد الايجار ، الزام المستأجر بدفع تعويض للمؤجر مقابل المنفعة التي استوفاها من المأجور ، وإذ يقرر بطلان عقد البيع ، إلزام المشتري بالتعويض على البائع عن الثمار التي فاتته .

(ب) على أن لمبدأ إعادة العاقدين إلى حالهما قبل التعاقد الباطل استثناء ورد عليه النص في المادة ٦ من قانون الالتزامات والعقود ، وهو أنه إذا قضي

ببطلان عقد شخص لفقدان أهليته[٦] ، فإنه لا يلزم إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد . وتكون هناك منفعة ، إذا استعمل فاقد الأهلية الشيء الذي تسلمه من المتعاقد الآخر في انفاقه المصروفات الضرورية أو النافعة ، كوفاء دين ، أو شراء حاجة ، أو تعلم علم أو مهنة أو حرفة ، مما يزيد في ثقافته وقدرته الانتاجية ، وذلك بخلاف إنفاقه إياه على هوى نفسه أو أصدقائه أو في قمار أو رهان . فمثل هذا الانفاق لا يعتبر منفعة توجب رد ما يقابلها . ويكون هناك نفع أيضاً ، إذا كان الشيء الذي تسلمه فاقد الأهلية لا زال موجوداً في ذمته المالية (المادة ٩ من قانون الالتزامات والعقود) .

١٧٢ – **انعدام الأثر بالنسبة للغير** : إن أثر البطلان بالنسبة للغير هو نفسه بالنسبة للمتعاقدين . فالغير ، الذي تلقى حقاً على الشيء الذي ورد عليه العقد الباطل ، يزول حقه تبعاً للبطلان ، وذلك عملاً بمقتضيات القاعدة العامة التي تقول إن الشخص لا يستطيع أن ينقل إلى غيره أكثر مما يملك . فلو أن شخصاً اشترى عيناً بعقد باطل ثم باعها ، وتقرر بعد ذلك بطلان البيع الأول ، فإن البائع في العقد الباطل يجب أن يكون له مبدئياً استرداد العين من المشتري الثاني . وإذا كان هذا المشتري الثاني قد رتب على العين حقوقاً ، فإن البائع يجب أن يكون له مبدئياً استرداد العين خالية من هذه الحقوق .

---

٦ يلاحظ أن نص المادة ٦ ورد قاصراً على حالة إبطال الالتزام من الوصي أو القاصر لنقص في الأهلية . ولكن يجب ، في رأينا ، تطبيق النص من باب أولى على حالة البطلان لفقدان الأهلية ، لأن فاقد الأهلية أولى بالرعاية من ناقصها .

١٧٣ - حالات استثنائية يترتب فيها على العقد الباطل آثار ايجابية : قد يحصل أن يرتب القانون على العقد الباطل بعض الآثار التي تترتب على العقد الصحيح ، وذلك لأسباب تقتضيها المصلحة العامة ، إما رعاية لاعتبارات تتعلق بالأسرة في عقد الزواج ، وإما رعاية لقواعد العدل والانصاف ، وإما توفيراً لحماية الغير ، أو لسوى ذلك من الاعتبارات ، وكل هذا بصورة استثنائية ، خروجاً على القاعدة الأصلية التي تجرد العقد الباطل من أي أثر .

ومن أهم هذه الحالات الاستثنائية التي يترتب فيها على العقد الباطل آثار إيجابية ، حالة عقد الزواج الباطل ، وحالة تحول التصرف ، وحالة اكتساب الغير حسن النية حقاً عينياً على المنقول أو العقار المحفظ الذي هو محل العقد الباطل .

ولسوف نعرض تباعاً لمختلف هذه الحالات .

١٧٤ - (آ) حالة عقد الزواج الباطل : لو أن القاعدة العامة القائلة بانعدام كل أثر للعقد الباطل طبقت على عقد الزواج الباطل ، لوجب تجريده من كل أثر ، وآل الأمر إلى حد تطبيق عقوبة الزنى على دخول الرجل بالمرأة .

ولكن المشرع ، رعاية منه للأسرة ، رتب على عقد الزواج الباطل ، بعض آثار عقد الزواج الصحيح . فهكذا اعتبر المشرع دخول الزوجة بالرجل في النكاح الفاسد لعقده[٧] دخولاً شرعياً تستحق معه الزوجة الصداق المسمى (الفقرة الأولى

---

٧ الزواج الفاسد هو الذي تم ركنه بالايجاب والقبول واختلت بعض شروط انعقاده (الفقرة ٢ من المادة ٣٢ من مدونة الأحوال الشخصية) .

من المادة ٣٧ من مدونة الأحوال الشخصية) . وهكذا رتب المشرع على الزواج المجمع على فساده كالمحرمة بالصهر[٨] تعين الاستبراء وثبوت النسب إن كان حسن القصد ، ورتب على الزواج المختلف في فساده وجوب العدة وثبوت النسب ، والتوارث قبل وقوع الفسخ (الفقرة ٢ من المادة ٣٧ من مدونة الأحوال الشخصية) .

والقضاء في المغرب ، إذ قضى ببطلان عقد زواج تم بين شخصين أجنبيين لمخالفته قانون أحوالهما الشخصية ، قرر ترتيب بعض آثار الزواج الصحيح على هذا الزواج الباطل . فمحكمة الاستئناف في الرباط بعد أن حكمت ببطلان زواج يوناني من المذهب الاورثوذكسي على امرأة فرنسية ، تأسيساً على أن الزواج المذكور تم وفق الشعائر الدينية الاورثودكسية ودون مراعاة شكليات الزواج المدني حسب ما كان يقتضيه قانون الأحوال الشخصية للزوجة الفرنسية ، قد قررت مع ذلك أن هذا الزواج تترتب عليه جميع آثار الزواج الصحيح من حيث التوارث بين الزوج والزوجة[٩] .

١٧٥ - (ب) **حالة تحول التصرف** : إذا بطل التصرف الذي أراده العاقدان لسبب من أسباب البطلان ، وكان هذا التصرف الباطل يتضمن عناصر كافية لأن يتكون منها تصرف آخر غير الذي جرى عقده ، وكان الظاهر من

---

٨ المحرمات بالمصاهرة هم أُصول الزوجات بمجرد العقد وفصولهن بشرط الدخول بالأم وزوجات الآباء وإن علوا وزوجات الأبناء وإن سفلوا بمجرد العقد (المادة ٢٧ من مدونة الأحوال الشخصية) .

٩ محكمة استئناف الرباط (الغرفة الثالثة) قرار ٥٥٩٣ تاريخ ١٧ - ١ - ٩٤ مجموعة قرارات المحاكم الاستئنافية في المغرب العدد رقم ١٧٣ - ١٧٤ يناير - يونيو ١٩٦٤ صفحة ٣٧٩ .

ظروف العقد ، أن العاقدين لو علما بأن تصرفهما الواقع لا ينعقد ، لقبلا أن يعقدا بدلاً منه ذلك التصرف الآخر الممكن ، فإن القانون يوجب في هـذه الحال اعتبار تصرفهما ، رغم بطلانه في صورته الواقعة ، منشئاً حكماً ذلك العقد الآخر الذي توافرت عناصره وشرائطه في هذا التصرف الباطل ، إعمالاً للنيـة المفترضة لدى العاقدين . وهذا ما يسمى « بتحول التصرف » (conversion du contrat) وقـد ورد بهذا المعنى في المادة ٣٠٩ أنه « إذا بطل التزام باعتبار ذاته وكان به من الشروط ما يصح به التزام آخر جرت عليه القواعد المقررة لهذا الالتزام الآخر » .

ومن أبرز الأمثلة على تحول التصرف الحالات التالية :

أولاً : البيع الذي ليس فيه مقابل الشيء المبيع ثمن حقيقي هو بيع باطل لعدم توافر محل لالتزام المشتري . ولكنه يصح هبة ، وتجري فيه أحكامها ، إذا كانت نية العـاقدين تنصرف إليها لو علما أن البيع لا ينعقـد دون ثمن حقيقي .

ثانياً : إذا تصرف الموصي بالعين الموصى بها تصرفاً ينافي الوصية ، كأن يبيعها أو يهبها مثلاً ، وكان هذا التصرف اللاحق باطلاً لسبب من الأسباب ، فإنه رغم بطلانه يعتبر رجوعاً عن الوصية لتوافر عنصر الرجوع فيه .

ثالثاً : سند الأمر التجاري ، إذا أبطل لعدم استيفاء شرائطه الشكلية التي تتوقف عليها خصائصه من قابلية التظهير وغيرها ، فإنه يعتبر سنداً عادياً لا يحمل خصائص سند الأمر التجاري . وتطبيقاً لذلك قرر القضاء في المغرب أن الشيك

الذي لا يحتوي على البيانات الالزامية يفقد صفة الشيك ويعد كمجرد وثيقة عادية[١٠] .

رابعاً : وثمة حالة من حالات تحول التصرف نصّ عليها المشرع في المادة ١٠٣٥ عندما قرر أن عقد الشركة « إذا تضمن منح أحد الشركاء كل الربح كانت الشركة باطلة ، واعتبر العقد متضمناً تبرعاً ممن تنازل عن نصيبه في الربح » .

١٧٦ – (ج) حالة اكتساب الغير حسن النية حقاً عينياً على المنقول أو العقار المحفظ الذي هو محل العقد الباطل : من القواعد الكلية التي أخذ بها المشرع المغربي أن حيازة المنقول تعتبر سنداً للملكية[١١] : فإذا حاز زيد منقولاً بعقد باطل ورتب حقوقاً على هذا المنقول لمصلحة عمرو ، وكان عمرو حسن النية[١٢] ، فبطلان العقد الذي دخل المنقول بموجبه إلى حيازة زيد ، لا يؤثر على حقوق عمرو بحيث يكون الوضع بالنسبة لهذا الأخير كما لو أن العقد المذكور وقع صحيحاً . وتطبيقا لذلك نص المشرع في المادة ١١٨٧ من قانون الالتزامات والعقود أن « الدائن الذي يتسلم بحسن نية ، على سبيل الرهن الحيازي شيئاً منقولاً ممن لا يملكه ، يكسب حق الرهن »[١٣] .

---

١٠ المجلس الأعلى ، قرار رقم ٤٥ تاريخ ١٤ نوفبر ١٩٦٠ نشرة قضاء المجلس الأعلى في المواد المدنية صفحة ٣٧ .

١١ راجع المادة ٤٥٦ من قانون الالتزامات والعقود .

١٢ الحائز حسن النية هو من يحوز الشيء بمقتضى حجة يجهل عيوبها (الفقرة ٣ من المادة ١٠٣ من قانون الالتزامات والعقود) .

١٣ هذا ما لم يكن المرهون شيئاً ضائعاً أو مسروقاً حيث يجوز لصاحبه استرداده خلال =

وكذلك من القواعد الكلية في التشريع العقاري المبني على نظام السجل العقاري، كما هو الحال في المغرب، أن من يكتسب عن حسن نية حقاً عينياً على عقار بالاستناد إلى قيود السجل العقاري، فإن بطلان هذه القيود لا يمكن أن يكون له أثر تجاهه. وهذا ما قررته الفقرة الثانية من المادة ٦٦ من ظهير ٩ رمضان ١٣٣١ بشأن التحفيظ العقاري إذ قالت: «إبطال التسجيل لا يمكن في حال من الأحوال أن يُتمسك به إزاء الغير حسني النية». فإذا عقد مثلاً مالك اتصل به العقار شراء رهناً على هذا العقار المسجل على اسمه في السجل العقاري، وتقرر بطلان هذا الشراء فيما بعد، فإن الدائن صاحب الرهن تبقى حقوقه مصانة على العقار، ولا تتأثر بالبطلان، شريطة أن يكون حسن النية، أي أن يكون جاهلاً سبب البطلان.

الفرع الثاني

الإبطـــال

١٧٧ – **نظرة عامة**: خص المشرع للإبطال المواد ٣١١ إلى ٣١٨ حيث عرض حالاته وبين أحكامه.

ونحن سنتبع في بحث الإبطال نفس النهج الذي كنا اتبعناه في بحث البطلان فنبدأ بعرض حالاته ثم نوضح خصائصه ثم نبين آثاره.

وعليه سنقسم هذا الفرع إلى ثلاثة مباحث:

= **ثلاث سنوات** من يوم الضياع أو السرقة على أن يكون للدائن المرتهن الرجوع على من تلقى الشيء منه (المادة ٤٥٦ مكرر).

المبحث الأول : حالات الإبطال .

المبحث الثاني : خصائص الإبطال .

المبحث الثالث : آثار الإبطال .

المبحث الأول

حالات الإبطال

١٧٨ - **بيان حالات الإبطال** : عرضت المادة ٣١١ لحالات الإبطال فقالت : « يكون لدعوى الإبطال محل في الحالات المنصوص عليها في المواد ٤ و ٣٩ و ٥٥ و ٥٦ وفي الحالات الأُخرى التي يحددها القانون » .

فاستناداً لهذا النص نستطيع القول بأن الإبطال يكون في إحدى الحالات التالية :

(آ) نقصان أهلية أحد المتعاقدين .

(ب) تعيب إرادة أحد المتعاقدين بعيب من عيوب الرضى .

(ج) كل حالة يمنح فيها القانون حق الإبطال لأحد المتعاقدين أو للغير .

ولسوف نبحث على التعاقب في كل من هذه الحالات .

١٧٩ - **الإبطال لنقصان أهلية أحد المتعاقدين** : هذه الحالة من حالات الإبطال ورد النص عليها في المادة ٤ من قانون الالتزامات والعقود وبمقتضاها : « إذا تعاقد القاصر وناقص الأهلية بغير إذن الأب أو الوصي أو

المقدم ، فإنهما لا يلزمان بالتعهدات التي يبرمانها ولهما أن يطلبا إبطالها ... » .

وعليه إذا ما أقدم مثلاً الصغير المميز أو المحجور عليه لسفه أو جنون[١٤] على بيع عقار له ، دون الحصول على الإذن الذي يتطلبه القانون ، فإن هذا البيع يقع معيباً لنقص أهلية البائع وقابلاً للإبطال .

١٨٠ – **الإبطال لتعيب إرادة أحد المتعاقدين بعيب من عيوب الرضى** : ورد النص على هذه الحالة في المواد ٣٩ و ٥٥ و ٥٦ .

فبمقتضى المادة ٣٩ « يكون قابلاً للإبطال الرضى الصادر عن غلط أو الناتج عن تدليس أو المنتزع باكراه » .

وبمقتضى المادة ٥٥ يجوز لأحد المتعاقدين إبطال العقد إذا كان قد لحقه غبن ، وكان هذا الغبن قد نتج عن تدليس الطرف الآخر أو نائبه أو الشخص الذي تعامل من أجله .

وبمقتضى المادة ٥٦ يجوز إبطال العقد الذي أبرمه القاصر أو ناقص الأهلية إذا ما لحق هذا القاصر أو ناقص الأهلية غبن .

١٨١ – **الإبطال بمقتضى نص خاص في القانون** : يرجع في هذه الحالة من حالات الإبطال إلى النص الخاص الذي تقررت بموجبه . فمن هذا القبيل مثلاً ، ما قررته المادة ٥٤ من أن « أسباب الإبطال المبنية على حالة المرض

---

١٤ كنا بينا أن المادة ١٤٦ من مدونة الأحوال الشخصية سوت في الحكم بين تصرفات السفيه وتصرفات المجنون من حيث اعتبار هذه وتلك غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو السفه (راجع نبذة رقم ١٠٥ أعلاه) .

والحالات الأُخرى المشابهة متروكة لتقدير القاضي » . ومن هذا القبيل أيضاً ، حالة بيع ملك الغير ، حيث أعطت المادة ٤٨٥ المشتري حق طلب إبطال البيع إذا رفض المالك إقراره . ومن الأمثلة كذلك على حق الإبطال ، بمقتضى نص في القانون ، ما أوردته المادة ١٠٨٥ التي أعطت لدائني كل متقاسم معسر ، إذا عارضوا في اجراء القسمة بدون حضورهم ، وأجرى الشركاء القسمة بالرغم من هذه المعارضة ، أن يطلبوا إبطال القسمة الجارية فيما بينهم .

المبحث الثاني

خصائص الإبطال

١٨٢ – **نظرة عامة** : مرَّ معنا أن العقد الباطل معدوم اعتباراً وغير منتج لأي أثر إلا في حالات استثنائية . وقد رأينا للبطلان خصائص كلها أو جلها متفرعة عن فكرة المعدومية ، كعدم قابلية العقد الباطل للاجازة أو الاقرار ، وعدم حاجته إلى إبطال ، وعدم انقلابه صحيحاً بالتقادم الخ ...

أما العقد القابل للإبطال فهو منعقد ومنتج جميع آثاره ، ولكنه عرضة للإبطال لعلة جعلته كذلك قانوناً .

فمن الطبيعي والحالة هذه ، أن يكون لقابلية الإبطال خصائص يستلزمها قيام العقد بعكس خصائص البطلان التي تستلزمها المعدومية .

أما ما ليس من مستلزمات الوجود أو العدم فليس فيه هذا التعاكس .

لذلك سوف نرى الإبطال يتميز ببعض خصائص تختلف عن الخصائص التي يتميز فيها البطلان ، ويشترك معه ببعض الخصائص الأُخرى .

وسنفرد مطلباً أولاً للخصائص المشتركة بين الإبطال والبطلان ، ثم مطلباً ثانياً للخصائص التي يستقل فيها الإبطال .

المطلب الأول

الخصائص التي يشترك فيها الإبطـال والبطـلان

١٨٣ – **الخاصة الأولى : إبطال جزء من العقد يبطل العقد بمجموعه ما لم يكن العقد قابلاً للبقاء دون الجزء الذي تقرر إبطاله** : إن هذه الخاصة، وإن كانت وردت في بحث البطلان[١٥] ، إلا أنها من متعلقات الإبطال أيضاً . وعليه ، إذا كانت عوامل قابلية الإبطال محصورة في بعض نواحي العقد دون بعض ، وكان هذا العقد يشكل في نظر المتعاقدين وحدة لا تتجزأ ، فإبطال بعض نواحيه يؤول إلى إبطاله بمجموعه . أما إذا لم يكن بين مختلف نواحي العقد من الترابط ، ما يمنع التجزئة ، فإن الجزء الذي انحصرت فيه عوامل الإبطال هو الذي يبطل من العقد فقط . فهكذا مثلاً لو أراد شخص شراء شيء فأقنعه البائع بطريق التدليس أن يشتري معه شيئاً آخر فاشتراهما صفقة واحدة وبثمن عين للشيئين معاً فإن الصفقة تبطل بمجموعها إذا ما طعن فيها بالتدليس . أما إذا كان شراء الشيئين ولو بصفقة واحدة جرى على أساس ثمن

---

١٥ راجع نبذة رقم ١٦٤ أعلاه .

عين لكل واحـــد منهما على حـــدة وبدون أي ترابط ، فإن الإبطال يبقى محصوراً بالشيء الثـاني الذي كان المشتري بالنسبة إليه عرضة لتدليس البائع .

١٨٤ – الخاصة الثانية : إبطال الالتزام الأصلي يقتضي إبطـال التزام التابع ولا عكس : هذه الخاصة ورد ذكرها أيضاً في بحث البطلان[١٦] . ومع ذلك ، فإنه يجب تطبيقها في حقل الإبطال ، ولا سيما أن المادة ١٢٣٣ سوت صراحة بين البطلان والإبطال من هذا القبيل ، إذ هي بعد أن ذكرت في مطلعها أن « بطلان الالتزام الأصلي يقتضي بطلان الرهن » استطردت قائلة « الأسباب التي توجب إبطال الالتزام الأصلي توجب إبطال الرهن » .

وعليه ، إذا تقرر إبطال الالتزام الأصلي لنقص في الأهلية أو عيب من عيوب الرضى ، فإن ما يتبعه من التزامات ، ناشئة عن الكفالة أو الرهن مثـلاً يشمله الإبطال أيضاً . أما إذا تقرر إبطال الالتزامات التابعة لسبب يقتضي هذا الإبطال ، كأن يكون عقد الكفالة أو عقد الرهن صدر عن إرادة معيبة ، فإن الالتزام الأصلي ، الذي جاء عقد الكفالة أو الرهن ليضمن تنفيذه ، لا يتأثر من جراء ذلك ويبقى صحيحاً .

المطلب الثاني

الخصائص التي ينفرد فيها الإبطـال

١٨٥ الخاصة الأولى : العقد القابل للإبطال يقبل الاجـازة أو الإقرار : (آ) العقد الباطل ، كما سبق بيانه ، يبقى باطلاً ، ولا يقبل الاجازة

---

١٦ راجع نبذة رقم ١٦٥ أعلاه .

ولا الاقرار ، لأن البطلان معناه الانعدام ، والانعدام لا يمكن أن ينقلب وجوداً بالاجازة أو الاقرار ، فضلاً عن أن البطلان له مساس بالنظام العام وليس بمقدور الاجازة أو الاقرار هدم اعتبارات النظام العام[١٧] .

أما العقد القابل للإبطال فيمكن تصحيحه وتطهيره من العيب الذي يشوبه عن طريق الاجازة أو الاقرار .

(ب) والاجازة هي الرضى ببقاء العقد واستقراره نهائياً ممن له حق إبطاله ، أو بعبارة أخرى هي التنازل عن حق الإبطال من صاحب هذا الحق .

أما إقرار العقد ، فهو رضى شخص ثالث بأن تسري عليه أحكام عقد عقده طرفان آخران ، وليس سارياً عليه ، كما في حالة بيع ملك الغير ، إذا أعقب ذلك رضى المالك بهذا البيع .

١٨٦ – (ج) والاجازة والاقرار قد يردان صراحة وقد يحصلان ضمناً .

أولاً – فقد ترد الاجازة والاقرار بصورة صريحة ، وعندها يشترط لصحتهما توافر الشروط التالية المنصوص عليها في المادة ٣١٧ :

الشرط الأول : يجب أن تتضمن الاجازة أو الاقرار بيان جوهر الالتزام القـابل للإبطال : فإذا كنا مثلاً في صدد عقد بيع عيبت فيه إرادة البائع ، أو صدر عن غير مالك المبيع ، وأردنا تصحيح هذا العقد ، وجب أن نذكر في صك الاجازة أو الاقرار أن المقصود بالتصحيح هو هذا العقد المعيب أو الصادر

---

١٧ راجع نبذة رقم ١٦٦ أعلاه .

عن غير المالك ، مع بيان سائر الايضاحات المتعلقة به والكفيلة بتعيينه تعييناً دقيقاً رافعاً لكل جهالة أو التباس .

الشرط الثاني : يجب أن تتضمن الاجازة أو الاقرار الاشارة إلى سبب قابلية الالتزام للابطال . فالعقد قد يكون قابلاً للإبطال لأسباب شتى : فقد يكون متعيباً لكون أحد المتعاقدين قاصراً أو ناقص الأهلية ، أو لكون إرادته مشوبة بعيب من عيوب الرضى . وقد يكون متعيباً لأن صاحب الحق في التعاقد لم يكن طرفاً في العقد ، كما في بيع أو رهن ملك الغير . وقد يكون العقد متعيباً لأكثر من سبب واحد كأن يكون صدر عن شخص ناقص الأهلية من جهة ، وأبرم تحت وطأة الاكراه من جهة ثانية . فإذا أردنا تصحيح العقد المعيب عن طريق الاجازة أو الاقرار ، ترتب بيان سبب الإبطال في صك الاجازة أو الاقرار وذلك ابتغاء تحقيق هدفين :

الهدف الأول هو التثبت من وقوع الاجازة أو الاقرار في وقت يكون فيه سبب الإبطال قد زال : فإذا أشير في صك الاجازة مثلاً أن العيب المراد تصحيحه هو نقص الأهلية ، أمكن التحقق من صدور الاجازة في ظرف أصبح فيه صاحب الاجازة كامل الأهلية ، حتى إذا لم يكن كذلك جردت الأجازة من أي أثر قانوني .

والهدف الثاني هو حصر مدى الاجازة أو الاقرار ضمن الحدود التي رسمها من صدرت عنه الاجازة أو الاقرار : فإذا كان العقد مشوباً مثلاً بعيبي الغلط والاكراه ، وأشير في صك الاجازة إلى عيب الغلط ليس إلا ، فالعقد يصحح من هذه الناحية فقط ، ويصبح غير قابل للإبطال للغلط ، ولكنه يبقى

مشوباً بعيب الاكراه ، ويمكن المطالبة بإبطاله لهذا السبب ، رغم وقوع الاجازة ، وذلك لكون هذه الاجازة وردت قاصرة على عيب الغلط ، فلا يمكن جعلها شاملة عيباً آخر .

الشرط الثالث : يجب أن يصرح ، في الاجازة أو الاقرار ، بالرغبة في إصلاح العيب الذي كان من شأنه أن يؤدي إلى الإبطال . وهذا الشرط بدهي ، إذ المقصود من الاجازة أو الاقرار ، تطهير العقد من العيب الذي يشوبه . فلا بد إذن من إعلان صاحب الحق في الإبطال عن إرادته في أنه راغب في التنازل عن حق الإبطال ، ومصمم على تصحيح العقد من العيب العالق به ، ليصبح عقداً سليماً منتجاً سائر آثاره القانونية .

ثانياً – وقد ترد الاجازة أو يرد الاقرار بصورة ضمنية ، ويستفادان من ظروف الحال ، وذلك كتنفيذ العقد كلاً أو جزءاً ، من جانب صاحب حق الإبطال ، وهو على بينة من حقه في الابطال ، شرط وقوع هذا التنفيذ في وقت يكون فيه من الممكن إجازة العقد القابل للإبطال أو إقراره بصورة صحيحة . فهكذا مثلاً لو أن القاصر زيد أبرم عقداً دون الحصول على إذن من نائبه الشرعي ، ثم بادر إلى تنفيذه وهو ما زال قاصراً ، لما اعتد بهذا التنفيذ ، وظل باستطاعة زيد المطالبة بإبطال العقد رغم تنفيذه . أما لو وقع التنفيذ في وقت أصبح فيه زيد كامل الأهلية ، فإن ذلك يعتبر بمثابة إجازة ضمنية للعقد ، يمتنع على زيد ، بعد حصولها ، الطعن بالعقد لنقص الأهلية الذي كان يعيبه وقت إبرامه . وهذا ما أوضحته الفقرة الأولى من المادة ٣١٨ بقولها : « إذا لم تحصل الاجازة أو الاقرار صراحة ، يكفي أن ينفذ طوعاً إم

كلياً وإما جزئياً الالتزام القابل للإبطال ممن كان على بينة من عيوبه ، بعد الوقت الذي يمكن له فيه إجازته أو التصديق عليه بوجه صحيح » .

١٨٧ – (د) وإذا أجيز العقد القابل للإبطال أو تم اقراره ، وذلك صراحة أو ضمناً ، فإنه يصبح عقداً صحيحاً ، ويعتبر من صدرت عنه الاجازة أو الاقرار متنازلاً عن الطعن بالعقد الباطل . وهذا ما قررته صراحة الفقرة الثانية من المادة ٣١٨ إذ قالت : « الاجازة أو الاعتراف أو التنفيذ الاختياري إذا وقعت في الشكل والوقت اللذين يحددهما القانون يترتب عليها التنازل عن الوسائل والدفوع التي كان من الممكن التمسك بها ضد الالتزام القابل للإبطال ... » .

١٨٨ – **الخاصة الثانية : قابلية الإبطال يصححها التقادم فتسقط به دعوى الإبطال** : (آ) إن قابلية الإبطال يصححها التقادم ، وذلك عكس ما تقدم في البطلان ، حيث رأينا هناك أن التقادم لا يقلب الباطل صحيحاً ، وإن كانت دعوى البطلان تتقادم لضرورات تهدف إلى استقرارا المعاملات[١٨] .

(ب) ومدة التقادم في دعوى الإبطال ليست مدة التقادم العادي المحددة بخمس عشرة سنة بل هي سنة واحدة (المادة ٣١١) . فإن تراخي صاحب الحق في الإبطال وانقضت سنة على تراخيه تقادمت الدعوى وتصحح الإبطال ولم يعد بالمستطاع الطعن بالعقد .

---

١٨ راجع نبذة رقم ١٦٧ أعلاه .

ومبدأ مدة التقادم ليس واحداً في سائر الحالات ، بل هو يختلف بحسب الأحوال . وقد حدده المشرع في المادة ٣١٢ على النحو التالي :

١ – ففي حالة الاكراه لا يبدأ سريان مدة التقادم إلا من يوم زوال الاكراه .

٢ – وفي حالة الغلط والتدليس لا يبدأ إلا من يوم انكشافهما .

٣ – وبالنسبة إلى التصرفات المبرمة من قبل القصر لا يبدأ إلا من يوم بلوغهم سن الرشد .

٤ – وبالنسبة إلى التصرفات المبرمة من المحجور عليهم وناقصي الأهلية لا يبدأ إلا من يوم رفع الحجر عنهم ، أو من يوم وفاتهم فيما يتعلق بورثتهم ، إذا مات ناقص الأهلية وهو في حالة نقص الأهلية .

٥ – وفي حالة الغبن المتعلق بالراشدين لا يبدأ سريان مدة التقادم إلا من يوم وضع اليد على الشيء محل العقد .

على أن ملاحظة هامة يجب إبداؤها ، وهي أن دعوى الإبطال يجب ممارستها في كل حال قبل انقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ العقد ، وإلا انقضت بالتقادم . فلو أن شخصاً مثلاً أبرم عقداً ، ثم اكتشف الغلط الذي وقع فيه بعد ستة عشر عاماً من انعقاد العقد ، وأقام دعوى الإبطال قبل مرور سنة على اكتشافه الغلط ، لردت دعواه لأن دعوى الإبطال لا تسمع في حال من الأحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ العقد . وهذا ما أوضحته المادة ٣١٤

بقولها : « تنقضي دعوى الإبطال بالتقادم في جميع الحالات بمرور خمس عشرة سنة من تاريخ العقد »[١٩] .

(ج) أما التمسك بالإبطال عن طريق الدفع فهو هنا ، كما في البطلان، لا يتقادم أبداً ومن حق من ترفع عليه الدعوى بتنفيذ العقد القابل للإبطال أن يتمسك بدفع الإبطال حتى لو كانت دعوى الإبطال قد انقضت بالتقادم القصير أو العادي . وبهذا المعنى ورد في المادة ٣١٥ أنه « يسوغ التمسك بالدفع بالبطلان[٢٠] لمن ترفع عليه الدعوى بتنفيذ الاتفاق في جميع الحالات التي يمكنه فيها هو نفسه أن يباشر دعوى الإبطال ، ولا يخضع هذا الدفع للتقادم المقرر في المواد ٣١١ إلى ٣١٤ » .

١٨٩ – **الخاصة الثالثة : العقد القابل للإبطال يحتاج إبطاله إلى قضاء** : إن العقد القابل للإبطال ليس باطلاً بقوة القانون ، بل هو منعقد منتج لآثاره جميعاً . فلا بد إذن من إبطاله لكي يصبح باطلاً ويجرد من آثاره . والإبطال يتوقف بالطبع على ثبوت سببه أمام القضاء .

ويترتب على ذلك أن الحكم بالإبطال يكون منشأ لوضع قانوني جديد (constitutif) ، لا معلناً أو كاشفاً لوضع قانوني سابق (déclaratif) ، وذلك

---

١٩ هذا كله ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك كما هو الحال في دعوى إبطال القسمة لعيب من عيوب الرضى حيث أوجب المشرع رفع دعوى الإبطال خلال سنة من وقت تمام القسمة فإن انقضى هذا الأجل كانت الدعوى غير مقبولة (الفقرة الثانية والفقرة الثالثة من المادة ١٠٩١) .

٢٠ المقصود بالبطلان هنا الإبطال .

على عكس مما تقدم في خصائص البطلان[٢١] .

١٩٠ - الخاصة الرابعة : ليس لغير المتعاقد الذي قرر الإبطال لمصلحته أن يتمسك بالإبطال ولا يجوز للمحكمة أن تقضي بالإبطال من تلقاء نفسها : (آ) من المعلوم أن المشرع لم يقرر قابلية الإبطال ، في العقود التي تقتضي الإبطال ، إلا لمصلحة أحد المتعاقدين . لذلك كان لهذا العاقد ، الذي شرع الإبطال لمصلحته ، أن يتمسك وحده بإبطال العقد . فإذا كان سبب الإبطال هو نقص الأهلية مثلاً ، فناقص الأهلية وحده هو الذي يجوز له أن يتمسك بالإبطال ؛ وإذا كان سبب الإبطال يرجع لعيب في الارادة ، فلمن عيبت إرادته وحده أن يطلب الإبطال .

ولما كان الحق في طلب الإبطال ينتقل إلى الورثة ، فإن من حق الخلف العام التمسك بالإبطال . وهذا ما قررته المادة ٣١٣ بقولها : « تنتقل دعوى الإبطال إلى الورثة فيما بقي لمورثهم من مدتها ، مع مراعاة الأحكام المتعلقة بانقطاع التقادم أو بوقفه » . ويتبين من هذا النص أن الخلف العام لئن كان له ممارسة دعوى الإبطال ، فإن ذلك مشروط فيه أن تقع ممارسة هذه الدعوى فيما بقي للمورث من مدة . فلو أن شخصاً مثلاً أبرم عقداً تحت وطأة الإكراه ثم زال الإكراه ومات المكرَه في وقت كان قد انقضى خمسة أشهر على زوال هذا العيب فإن على الورثة أن يقيموا دعوى الإبطال خلال ما تبقى من مدة السنة التي كانت ممنوحة للمورث أي خلال سبعة أشهر من تاريخ وفاة هذا الأخير

---

٢١ راجع نبذة رقم ١٦٨ أعلاه .

وإلا تقادمت الدعوى بحقهم ما لم يكن ثمة سبب قاطع أو واقف للتقادم فتراعى عندها الأحكام المتعلقة بقطع التقادم أو بوقفه .

أما المتعاقد الآخر أو الدائنون أو الخلف الخاص للمتعاقد الذي تقرر الإبطال لمصلحته ، فليس لهم ممارسة دعوى الإبطال ، وذلك بخلاف الوضع في البطلان حيث يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به[٢٢] .

(ب) وفي الإبطال ، خلافاً لما هو عليه الحال في البطلان[٢٣] ، لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، بل لا بد من أن يتمسك بذلك صاحب المصلحة ، إذ الإبطال مقرر حماية لمصلحة شخص معين ، لا رعاية للمصلحة العامة . وعليه إذا رفعت إلى القاضي دعوى تستند إلى عقد قابل للإبطال وتمسك صاحب المصلحة في الإبطال بمقتضيات هذا العقد وطالب بتنفيذه فلا يسوغ للقاضي أن يمتنع عن الحكم بالتنفيذ ويقرر إبطال العقد من نفسه .

المبحث الثالث

آثار الإبطال

١٩١ - **آثار الإبطال هي مبدئياً نفس آثار البطلان** : أجمل المشرع آثار الإبطال في المادة ٣١٦ فقال : « يترتب على إبطال الالتزام وجوب إعادة المتعاقدين إلى نفس ومثل الحالة التي كانا عليها وقت نشأته ، والتزام كل منهما بأن يرد للآخر كل ما أخذه منه بمقتضي أو نتيجة العقد الذي تقرر إبطاله .

٢٢ راجع نبذة رقم ١٦٩ أعلاه .

٢٣ راجع نبذة رقم ١٦٩ أعلاه .

وتطبق بشأن الحقوق المكتسبة على وجه صحيح للغير الحسني النية الأحكام الخاصة المقررة لمختلف العقود المسماة » .

فالعقد القابل للإبطال ، متى قضي بإبطاله ، التحق بالباطل من جميع الوجوه .

والحكم بالإبطال وإن كان منشأ ، إلا أن هذا الإبطال ينسحب بأثر رجعي على العقد منذ تكونه ، فيزول ويصبح كأن لم يكن ، سواء بالنسبة للمتعاقدين اللذين يجب أن يعادا مبدئياً إلى حالهما قبل التعاقد[٢٤] ، أم بالنسبة للغير الذي قد يتعرض الحق الذي اكتسبه على الشيء الوارد عليه العقد المقرر إبطالـه للزوال .

ولا يمنع الإبطال إمكان ثبوت آثار العقد الباطل على وجه استثنائي ، كما في حالة تحول التصرف القابل للإبطال ، أو في حالة اكتساب الغير حسن النية حقاً عينياً على المنقول أو العقار المحفظ الذي ورد عليه العقد القابل للإبطال .

وفي كل ذلك تطبق القواعد والاحكام التي قررناها في معرض بحثنا لآثار البطلان فليرجع إليها[٢٥] .

---

٢٤ هذا مع ملاحظة الاستثناء المتعلق بالإبطال المقرر لمصلحة القاصر وناقص الأهلية حيث لا يلزم هذا الأخير إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد (راجع النبذة رقم ١٦٦ أعلاه) .

٢٥ راجع نبذة رقم ١٧٠ إلى ١٧٦ أعلاه .

الفصل الرابع

تفسير العقود

١٩٢ – **المقصود بتفسير العقود** : يقصد بتفسير العقود (interprétation des contrats) أو بتأويلها حسب التعبير الذي اعتمده المشرع المغربي التعرف على مراد العاقدين المشترك ومقصدهم، من خلال العبارة التي استعملوها في التعبير عن الإرادة .

وعبارة العقد لا تخلو من أحد احتمالين : فهي إما أن تكون واضحة جلية . وإما أن تكون غامضة .

فإذا كانت عبارة العقد واضحة الدلالة ، وجب الأخذ بها ، ولا يجوز للقاضي حملها على خلاف معناها الظاهر بحجة تفسيرها ، لأن الخروج عن المعنى الظاهر في هذه الحال ، هو انحراف عن إرادة المتعاقدين المشتركة . وطعن في المبدأ القائل بأن العقد شريعة المتعاقدين . وهذا ما أكدته المادة ٤٦١ بقولها : « إذا كانت عبارة العقد صريحة امتنع البحث عن مقصد صاحبها » .

فعند وضوح عبارة العقد ، العبرة إذن للإرادة الظاهرة ، إذ تفترض مطابقتها للإرادة الحقيقية . وإذا ما انحرف القاضي عن هذه الإرادة الظاهرة ، بحجة أن قصد المتعاقدين هو خلاف ظاهر العبارة ، كان حكمه مخالفاً للقانون وعرضة للنقص[1] . وقد جاء بهذا المعنى في قرار للمجلس الأعلى « أن قضاة الموضوع مكلفون بتطبيق الاتفاقات المبرمة وليس من الجائز لهم تغييرها متى كانت شروطها واضحة وبينة . وعليه إذا كان في العقد المبرم بين المالك والمكتري فقرة تنص صراحة على أن المالك لا يتحمل (إلا ضريبة المباني الواجبة على الملاكين) ينتج عن ذلك أن المكتري يكون ملزماً بتحمل ضريبة الازبال »[2] .

أما إذا كانت عبارة العقد غامضة ، وجب عندها على القاضي تفسيرها للوصول إلى نية المتعاقدين وغرضهم .

١٩٣ — **متى يعتبر العقد غامضاً يجب تفسيره** : وجد المشرع المغربي أن يوضح لحالات التي يمكن فيها اعتبار العقد غامضاً وبالتالي يجب معها تفسيره .

فبمقتضى المادة ٤٦٢ يكون للتفسير محل في الحالات التالية :

---

١ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٢٤٢ صفحة ١٢٨ — كولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٦٩ صفحة ٦٦ و ٦٧ — نقض فرنسي قرار ١٥ ابريل ١٨٧٢ دالوز ١٨٧٢ — ١ — ٧٦ ، وقرار ٦ مارس ١٩١١ سيريه ١٩١٤ — ١ — ١٥٤ ، وقرار ٢٧ مايو ١٩٣٠ سيريه ١٩٣٠ — ١ — ٣٨٦ .

٢ المجلس الأعلى (الغرفة المدنية) الحكم عدد ٩٦ تاريخ ١٣ نوفبر ١٩٦٢ مجلة القضاء والقانون العدد ٤٨/٤٩ أبريل — ماي ١٩٦٢ صفحة ٣٧٩ .

أولاً – إذا كانت الألفاظ المستعملة لا يتأتى التوفيق بينها وبين الغرض الواضح الذي قصد عند تحرير العقد ، فقد يتخذ متعاقدان صفة المودع والوديع ، ويطلقان على نفسهما هذه الصفة في العقد ، في حين أن نية الطرفين كانت منصرفة إلى إبرام عقد قرض فيما بينهما . ففي هذه الحالة ، يتحرر القاضي من الألفاظ التي استعملها المتعاقدان ، ويقرر العمل بنيتهما الحقيقية .

ثانياً – إذا كانت الألفاظ المستعملة غير واضحة بنفسها ، أو كانت لا تعبّر تعبيراً كاملاً عن قصد صاحبها ، كأن ينص في العقد على أن أحد المتعاقدين تخلى عن مال له وسلمه للمتعاقد الآخر ، دون بيان ما إذا كان المقصود من ذلك إعارة أو هبة .

ثالثاً – إذا كان الغموض ناشئاً عن مقارنة بنود العقد المختلفة بحيث تثير المقارنة الشك حول مدلول تلك البنود ، كأن يذكر مثلاً في أحد بنود العقد أن مالك عقار قد وهبه لآخر ، وأن يذكر في بند لاحق أن هذا الطرف الآخر قد التزم لقاء ثمن العقار المذكور أن يدفع مبلغاً من المال إلى شخص عينه مالك العقار ، بحيث يثور الشك حول معرفة ما إذا كنا إزاء هبة بعوض أم إزاء بيع عادي .

١٩٤ – **قواعد التفسير** : (آ) إذا وجد القاضي نفسه ازاء عقد غامض واضطر لتفسيره ، وجب عليه التحري عن إرادة المتعاقدين الحقيقية ، والاعتداد بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني . وهذا ما أكدت عليه الفقرة الأخيرة من المادة ٤٦٢ إذ قالت : « عندما يكون للتفسير محل ، يلزم البحث عن قصد المتعاقدين ، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ولا عند تركيب

الجمل » . وتطبيقاً لهذا المبدأ قرر المجلس الأعلى « أن المحكمة لما صرحت أن العقد المتنازع في شأنه لا يمكن اعتباره منشأ لشركة قراض لعدم استيفائه للشروط الأساسية المتطلبة قانوناً في هذا الشأن وأنه يكون عقداً ذا طبيعة خاصة تكون قد أولت بما لها من كامل السلطة ذلك العقد الذي لم توضح ماهيته »[٣] . وفي قرار آخر ورد أن « لمحكمة الموضوع الحق في أن لا تعتبر في العقود إلا معناها لا مبناها وأنها حينما تقرر أن العقد المبرم بين الطرفين عقد كراء لا عقد شركة تصحح الوضع بالنسبة للتعبير الفاسد »[٤] .

(ب) وقد وجد المشرع ، تسهيلاً لمهمة القاضي ، أن يضع قواعد للتفسير في المواد ٤٦٣ إلى ٤٧٣ .

ومن أهم هذه القواعد ما يلي :

أولاً – إذا أمكن حمل عبارة بند على معنيين ، كان حمله على المعنى الذي يعطيه بعض الأثر أولى من حمله على المعنى الذي يجرده من كل أثر (المادة ٤٦٥) . وبعبارة أُخرى ، وكما كان يردده فقهاء الشريعة الإسلامية ، إعمال الكلام خير من إهماله .

ثانياً – يلزم فهم الألفاظ المستعملة على معناها الحقيقي ومدلولها المعتاد في مكان إبرام العقد ، إلا إذا ثبت أنه قصد استعمالها في معنى خاص . وإذا

---

٣ المجلس الأعلى (الغرفة المدنية) الحكم عدد ١٧٨ تاريخ ٢٧ مارس ١٩٦٨ مجلة القضاء والقانون العدد ٩٢ اكتوبر ١٩٦٨ صفحة ٣٦ .

٤ المجلس الأعلى (الغرفة المدنية) الحكم عدد ٣٠٨ تاريخ ٢٠ أبريل ١٩٦٦ مجلة القضاء والقانون العدد ٨٥/٨٧ يناير – مارس ١٩٦٨ صفحة ٢٨٩ .

كان للفظ معنى اصطلاحي ، افترض أنه استعمل فيه (المادة ٤٦٦) . وعلى هذا عاب المجلس الأعلى على محكمة الموضوع أنها اعتبرت عبارة « الحبس » الواردة في وثيقة تفيد معنى عدم التفويت فقط مع أن لهذه العبارة معنىً اصطلاحياً معروفاً وأنه يجب أخذها بهذا المعنى الاصطلاحي المعروف ، وقرر المجلس الأعلى بالتالي نقض حكم محكمة الموضوع لمخالفته مبدأ وجوب أخذ الألفاظ بمعناها الاصطلاحي المعروف[٥] .

ثالثاً – التنازل عن الحق يجب أن يكون له مفهوم ضيق ، ولا يكون له إلا المدى الذي يظهر بوضوح من الألفاظ المستعملة ممن أجراه ، ولا يسوغ التوسع فيه عن طريق التفسير . والعقود التي يثور الشك حول مدلولها لا تصلح أساساً لاستنتاج التنازل منها (المادة ٤٦٧) . وقد طبق المجلس الأعلى هذه القاعدة عندما قرر أن التحفظ الذي كان سجله مصرف على هامش تقييد اعتماد مستندي بالفرنكات الفرنسية في حساب دائن ، من حيث بقاء الفرنكين الفرنسي والمغربي متعادلين في القيمة ، لا يمكن اعتباره متضمناً تنازل صاحب الاعتماد عن قبض دينه بالفرنكات الفرنسية إذا لم تكن قيمة الفرنك الفرنسي متعادلة وقيمة الدرهم المغربي لأن التحفظ المذكور « يثور الشك حول مدلوله ولا يمكن اعتباره مقبولاً من طرف صاحب الاعتماد لأن التنازل عن الحق يجب أن يكون له مفهوم ضيق وأن العقود التي يثور الشك حول مدلولها لا تصلح أساساً لاستنتاج التنازل منها »[٦] .

---

٥ المجلس الأعلى الحكم الشرعي عدد ٨٢ تاريخ ١٧ دجنبر ١٩٦٨ مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد العاشر اكتوبر ١٩٦٩ صفحة ٥٨ .

٦ المجلس الأعلى الحكم المدني عدد ٧٤ تاريخ ١٥ يناير ١٩٦٩ مجلة قضاء المجلس =

رابعاً – إذا حدد في الالتزام ، المبلغ أو الوزن أو المقدار وذكر أن هذا التحديد هو على وجه التقريب ، وجب الأخذ بالتسامح الذي تقضي به عادات التجارة أو عرف المكان (المادة ٤٧٠) .

خامساً – إذا كتب المبلغ أو المقدار بالحروف وبالأرقام ، وجب عند الاختلاف الاعتداد بالمبلغ المكتوب بالحروف ، ما لم يثبت بوضوح الجانب الذي اعتراه الغلط (المادة ٤٧١) .

سادساً – إذا كتب المبلغ أو المقدار بالحروف عدة مرات ، وجب الاعتداد ، عند الاختلاف ، بالمبلغ أو المقدار الأقل ما لم يثبت بوضوح الجانب الذي اعتراه الغلط (المادة ٤٧٢) .

(ج) وإذا كانت عبارة العقد غامضة محتملة أوجهاً عديدة في التفسير ، ولم يستطع القاضي ترجيح أحد المحتملات رغم استنجاده بقواعد التفسير التي وردت في القانون ، فهذه حالة الشك الذي لا تمكن ازالته . وقد أوجب فيها المشرع تفسير الشك في مصلحة المدين ، أي أن يؤخذ بالاحتمال الذي يكون أقل إلزاماً له ، لأن الأصل براءة الذمة والالتزام هو شاغل طارئ عليها . وهذا ما أكدته المادة ٤٧٣ إذ قالت : « عند الشك يفسر الالتزام بالمعنى الأكثر فائدة للملتزم » .

= الأعلى العدد التاسع يونيه ١٩٦٩ صفحة ١٢ .

وجدير بالذكر أن بعض التقنينات تستثني من هذا المبدأ في التفسير عقود الاذعان فتقضي بأن يفسر الشك فيها دائماً لمصلحة الطرف المذعن ، ولو كان هو الدائن ، لأن المذعن هو الطرف الأضعف المستبد به[٧] .

---

٧ راجع نبذة رقم ٢٤ أعلاه ، وراجع المادة ١٥١ من القانون المدني المصري والمادة ١٥٢ من القانون المدني السوري .

الفصل الخامس

آثار العقد

١٩٥ – ملاحظة تمهيدية : عمد قانون الالتزامات والعقود المغربي كالقانون المدني الفرنسي ، إلى بحث آثار العقد في معرض البحث في آثار الالتزامات عامة ، في القسم الرابع من الكتاب الأول ، وذلك على الرغم من أن الموضوعين يتميزان عن بعضهما ، ويحسن عدم الخلط بينهما : فالعقد يهدف بصورة رئيسية إلى إنشاء الالتزامات ، أما الالتزام فهو يرمي إلى إجبار المدين على تنفيذ ما تعهد به .

لذلك ينتقد الفقه في فرنسا موقف المشرع الفرنسي من هذه الناحية ، ويجنح إلى بحث آثار العقد بصورة منفصلة عن آثار الالتزامات[١] .

والتشريعات الحديثة ، كالقانون المدني المصري والقانون المدني السوري ،

١ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٢٤٣ صفحة ١٢٩ .

تخص بحثاً مستقلاً لآثار العقد[٢] منفصلاً عن البحث الذي تعده لآثار الالتزامات .

ونحن بدورنا نرى السير على نفس النهج فنفرد لآثار العقد هذا الفصل المستقل .

١٩٦ – **مخطط البحث** : من القواعد الكلية ، أن العقد ينتج آثاره بين المتعاقدين وهو شريعة لهما . وكذلك من القواعد الكلية ، أن العقد لا ينصرف أثره إلى الغير ، إلا على وجه استثنائي . فعلينا إذن أن نبحث في آثار العقد بين المتعاقدين ، ثم في آثار العقد بالنسبة للغير .

ولما كان كثيراً ما يحصل أن يبرم المتعاقدان عقداً ظاهراً ، ويعمدا إلى تعطيل آثار هذا العقد الظاهر كلها أو بعضها بعقد خفي ، يقال له « ورقة الضد » ، فإنه يتعين علينا أن نبحث في هذه الوضعية القانونية التي يطلق عليها في الاصطلاح الفقهي إسم « الصورية » .

وعليه سيشتمل هذا الفصل على ثلاثة فروع :

الفرع الأول : آثار العقد بين المتعاقدين .

الفرع الثاني : آثار العقد بالنسبة للغير .

الفرع الثالث : الصورية .

---

٢ راجع المواد ١٤٥ إلى ١٥٦ من القانون المدني المصري والمواد ١٤٦ إلى ١٥٧ من القانون المدني السوري .

الفرع الأول

آثار العقد بين المتعاقدين

١٩٧ – **المقصود بالمتعاقدين وبيان آثار العقد إزاءهم** : يقصد بالمتعاقدين الأشخاص الذين كانوا طرفاً في العقد بأشخاصهم أو بمن يمثلونهم . فالوكيل أو النائب الشرعي كالولي أو الوصي ، إذا ما أبرم عقداً بالاضافة إلى الموكل أو القاصر أو ناقص الأهلية ، إنما يمثل الموكل والقاصر وناقص الأهلية ، بحيث هؤلاء هم الذين يعتبرون طرفاً في العقد ، وهم الذين ينتج العقد آثاره إزاءهم .

وهذه الآثار يمكن جملها بالقواعد التالية :

القاعدة الأولى : العقد شريعة المتعاقدين .

القاعدة الثانية : يجب على المتعاقدين تنفيذ العقد بحسن نية .

القاعدة الثالثة : يلزم المتعاقدان لا بما صرح به في العقد ، بل أيضاً بكل ملحقات الالتزام التعاقدي .

وسنبحث على التعاقب في كل من هذه القواعد .

١٩٨ – **القاعدة الأولى : العقد شريعة المتعاقدين** : (آ) نصت على هذه القاعدة المادة ٢٣٠ من قانون الالتزامات والعقود فقالت : « الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئيها ، ولا يجوز الغاؤها إلا برضاهما معاً أو في الحالات المنصوص عليها في القانون » .

فالقاعدة إذن أن العقد شريعة المتعاقدين . وقد عبَّر المشرع الفرنسي عن

ذلك بقوله : « الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقديها »[٣] كما ورد بهذا الصدد في القانون المدني المصري[٤] والقانون المدني السوري[٥] أن « العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون » .

(ب) ومبنى هذه القاعدة أسس ثلاثة : أولها مبدأ سلطان الإرادة إذ الفرد لا يلتزم إلا بما شاء وإذا شاء أن يلتزم فلا يحول دون ذلك حائل ، وثانيها أساس أخلاقي يقوم على وجوب احترام العهود والمواثيق . وثالثها أساس اجتماعي مستمد من ضرورة استقرار المعاملات : فإذا كانت العقود لا تلزم عاقديها فإن الناس تعزف عن إبرامها ، وتشيع في المجتمع الفوضى ويعم القلق ، وتنعدم الثقة بين الأفراد . لذلك كان من المحتم إعطاء العقد قوة الزامية بحيث يمتنع على أحد الطرفين المتعاقدين الانفراد بنقض العقد أو بتعديله ، كما يمتنع على القاضي عدم الاعتداد به .

(ج) فالقاعدة القائلة بأن العقد شريعة المتعاقدين تعني إذن أن المتعاقدين ملزمان باحترام العقد الذي أبرماه وأن القاضي ملزم بتطبيقه ولا يستطيع الانحراف عنه ، وذلك كما لو كان الأمر يتعلق بقاعدة نص عليها القانون .

ويترتب على ذلك أن العقد لا يمكن نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون . فليس لأحد المتعاقدين أن ينفرد بنقض العقد

---

٣ راجع المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي .

٤ راجع المادة ١٤٧ من القانون المدني المصري .

٥ راجع المادة ١٤٨ من القانون المدني السوري .

أو بتعديله : ذلك أن العقد ثمرة اتفاق تم بين إرادتين ، فلا تستطيع إرادة واحدة أن تهدم بمفردها ما بنته الارادتان .

إنما بوسع الطرفين نقض العقد بالاتفاق فيما بينهما إذ ما من مانع يمنعهما ، بعد أن أبرما عقداً أن يتحللا منه بإرادتهما . وهذا ما يسمى بالاقالة الاختيارية التي تكون سبباً لانقضاء الالتزامات التعاقدية ويترتب عليها عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها وقت إبرام العقد (المادة ٣٩٣ والمادة ٣٩٧ من قانون الالتزامات والعقود)[٦] .

وكذلك بوسع الطرفين ، بعد إبرامهما اتفاقاً ما ، أن يعدلا في هذا الاتفاق ما أرادا . وإذا ما جرت هذه التعديلات فور إبرام العقد ، فإنها لا تعتبر عقداً جديداً وإنما تعتبر جزءاً من الاتفاق القديم وذلك ما لم يصرح بخلافه (المادة ١٩) . أما التعديلات التي تجري بعد انفضاض مجلس العقد فانها تعتبر عقداً جديداً .

(د) على أن القانون يجيز في بعض العقود ، لأي من الطرفين ، أن يستقل بنقض العقد ، كما في الوكالة حيث يجوز للموكل إنهاء الوكالة متى شاء (المادة ٩٣١) ، ويجوز للوكيل التنازل عن وكالته بعد إخطار الموكل بذلك

---

٦ نصت المادة ٣٩٣ على ما يلي : « تنقضي الالتزامات التعاقدية ، إذا ارتضى المتعاقدان عقب إبرام العقد التحلل منها وذلك في الحالات التي يجوز فيها الفسخ بمقتضى القانون » .

ونصت المادة ٣٩٧ على أنه « يترتب على الاقالة عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها وقت إبرام العقد » .

(المادة ٩٣٤) ، وكما في الوديعة حيث يحق للمودع استرداد الشيء المودع متى أراد (المادة ٧٩٤) ، ويحق للوديع ، إذا لم يحدد لرد الوديعة أجل ، أن يردها في أي وقت يشاء (المادة ٧٩٦) .

(هـ) ولكنه لا بد ، في نقض العقد بإرادة منفردة ، من وجود نص قانوني يجيز ذلك . أما إذا انتفى مثل هذا النص ، فيجب الرجوع إلى القاعدة العامة القائلة بعدم جواز إقالة العقد أو تعديله إلا برضاء المتعاقدين معاً .

١٩٩ – القاعدة الثانية : يجب على المتعاقدين تنفيذ العقد بحسن نية : (آ) وردت هذه القاعدة في المادة ٢٣١ التي نصت على أن « كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية » . والقانون المدني الفرنسي ، من جهته ، أوجب أن تنفذ الاتفاقات بحسن نية[٧] ، كما أن القانون المدني المصري[٨] والقانون المدني السوري[٩] تطلبا « تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية » .

وسوء النية في تنفيذ العقد يسمى في الاصطلاح القانوني غشاً . وهو يقابل التدليس الذي يرافق تكوين العقد . فكما يجب خلو العقد من التدليس عند إنشائه ، كذلك يجب خلوه من الغش عند تنفيذه .

(ب) ويقتضي حسن النية من المتعاقد أن يختار في تنفيذ العقد الطريقة

---

٧ راجع المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي .

٨ راجع المادة ١٤٨ من القانون المدني المصري .

٩ راجع المادة ١٤٩ من القانون المدني السوري .

التي تفرضها الاستقامة والنزاهة في التعامل : فإذا استأجر أحد سيارة لايصاله إلى مكان معين . بأجرة على المسافة ، وجب على السائق سلوك أقرب الطرق . وكذا لو استأجر شخص عاملاً مياومة لعمل معين ، فعلى العامل أن لا يتباطأ في العمل ، بغية إطالة مدته ، لاستحقاق أجرة أزيد . وإذا تعهد مقاول توصيل أسلاك كهربائية فيجب عليه توصيلها من أقصر طريق للاقتصاد في النفقات . وإذا باع شخص شيئاً لم يعين إلا بنوعه فلا يكون البائع ملزماً بأن يعطي ذلك الشيء من أحسن نوع ولكنه لا يستطيع أن يعطيه من أردئه (المادة ٢٤٤ من قانون الالتزامات والعقود) .

(ج) وفي بعض العقود يقتضي حسن النية أن يقوم تعاون بين المتعاقدين في تنفيذ العقد ، بحيث يجب على كل منهما الاعتداد بما يفرضه عليه هذا التعاون . فهكذا مثلاً ، في عقد الايجار ، يجب على المستأجر أن يبادر إلى إخطار المؤجر بكل واقعة تستوجب تدخله ، كأن تحتاج العين إلى إصلاحات مستعجلة ، أو تتكشف عيوب فيها ، أو يقع اغتصاب عليها أو يدعي أحد ملكيتها أو حقاً عينياً عليها ، أو يلحق أحد ضرراً بها (المادة ٦٧٤) . وهكذا أيضاً ، في عقد البيع ، إذا وجهت للمشتري دعوى بسبب المبيع ، وجب عليه أن يخطر البائع بها فوراً (المادة ٥٣٧) . وإذا اكتشف المشتري عيباً في المبيع ، وجب عليه أن يعمل فوراً على إثبات حالته بواسطة السلطة القضائية أو بواسطة خبراء من ذوي الاختصاص ، وذلك في حضور الطرف الآخر (المادة ٥٥٤) .

(د) والتزام المتعاقد بمراعاة حسن النية في تنفيذ العقد التزام يفرضه العقد نفسه . فإذا أخل بهذا الالتزام وقع تحت طائلة المسؤولية العقدية .

٢٠٠ – القاعدة الثالثة : يلزم المتعاقدان لا بما صرح به في العقد بل أيضاً بكل ملحقات الالتزام التعاقدي : فالمادة ٢٣١ بعد أن أوجبت تنفيذ العقد بحسن نية ، أوضحت أن العقد « لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب بل أيضاً بكل ملحقات الالتزام التي يقررها القانون أو العرف أو العدالة وفقاً لما تقتضيه طبيعته » . والقانون المدني الفرنسي[١٠] أوضح بدوره « أن الاتفاقات لا يقتصر الزامها على ما هو وارد فيها بل هي تلزم بجميع المتممات التي تكون بمقتضى العدالة أو العرف أو القانون مرتبطة بالالتزام بحسب طبيعته » . وقد ورد بنفس المعنى في القانون المدني المصري[١١] والقانون المدني السوري[١٢] أن العقد « لا يقتصر على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام » .

فهكذا مثلاً إذا كان محل عقد البيع أرضاً ، فالبيع لا يكون مقتصراً على الأرض فحسب ، بل هو يشمل أيضاً « ما يوجد فيها من مباني وأشجار كما يشمل الزرع الذي لما ينبت والثمر الذي لما ينعقد » (المادة ٥١٧) . وإذا ما بيع بناء ، فالبيع يشمل « الأرض التي أقيم عليها كما يشمل ملحقاته المتصلة به اتصال قرار كالأبواب والنوافذ والمفاتيح التي تعتبر جزءاً متمماً للأقفال . . . والخزائن المثبتة وأنابيب المياه والمواقد المثبتة بجدرانه » (المادة ٥١٨) . وإذا ما بيع حيوان، فالبيع يشمل « صغيره الذي يرضعه والصوف والوبر أو الشعر المهيأ

---

١٠ راجع المادة ١١٣٥ من القانون المدني الفرنسي .

١١ راجع المادة ١٤٨ من القانون المدني المصري .

١٢ راجع المادة ١٤٩ من القانون المدني السوري .

للجز » (المادة ٥٢٣) . وإذا ما تصرف مالك بشقة أو طبقة في بناء مؤلف من عدة طبقات ، فإن هذا التصرف يستتبع حكماً التصرف في حصته في الأجزاء المشتركة في البناء كالافنية والجدران والأساسات والصاعد والدهاليز والسلالم والممرات (المادة ٢٦ من ظهير ١٦ نوفمبر ١٩٤٦ المتعلق بملكية الطبقات) .

وهكذا أيضاً في المناطق التي جرى فيها العرف على أن تعتبر مياه سقي الأراضي الزراعية تابعة للأرض ، فإن بيع الأرض يشمل الحق في المياه التي تسقي الأرض المبيعة[١٣] .

وكذلك تقضي مبادئ العدالة أن يضمن البائع للمشتري ما يمكن أن يقع له من تعرض أو ما يمكن أن يظهر في المبيع من عيوب خفية ولو أن ذلك لم يذكر صراحة في العقد[١٤] .

فمن هذه الأمثلة جميعاً يتضح أن الطرفين المتعاقدين لا يلزمان بما يصرح به في العقد فحسب ، بل إنما يمتد التزامهما ليشمل سائر المستلزمات التي يقررها القانون أو العرف أو العدالة وفقاً لما تقتضيه طبيعة الالتزام التعاقدي .

---

١٣ راجع مأمون الكزبري ، القانون المدني (الحقوق العينية) نبذة رقم ١١٥ صفحة ١٠٣ و ١٠٤ .

١٤ راجع كولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٧٤ صفحة ٦٩.

الفرع الثاني

آثار العقد بالنسبة للغير

٢٠١ – **مدلول الغير** : نعني بالغير هنا كل من لم يكن طرفاً في العقد بشخصه أو بمن يمثله . والغير بهذا المعنى الواسع على أنواع : فهو يشمل الخلف العام ، والخلف الخاص ، والدائنين ، والغير بالمعنى الصحيح الضيق (Penitus Extranei) أي من لا تربطه بالمتعاقدين أي رابطة إلزامية ، وهو كل من سوى الخلف العام والخلف الخاص والدائنين .

فعلينا أن نبحث في آثار العقد بالنسبة لكل فئة من هؤلاء الغير .

وعليه سنقسم هذا الفرع إلى أربعة مباحث :

المبحث الأول : أثر العقد بالنسبة للخلف العام .

المبحث الثاني : أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص .

المبحث الثالث : أثر العقد بالنسبة للدائنين .

المبحث الرابع : أثر العقد بالنسبة للغير بالمعنى الصحيح الضيق .

المبحث الأول

أثر العقد بالنسبة للخلف العام

٢٠٢ – **نظرة عامة** : يقصد بالخلف العام (successeur à titre universel) من يخلف سلفه في كامل ذمة ذلك السلف ، أو في جزء شائع منها أي في

حصة نسبية منها ، كالنصف أو الثلث . فالوارث الوحيد أو الواحد من ورثـة متعددين (héritier) يعتبر خلفاً عاماً ، والموصى له بمجموع التركة (légataire universel) أو الموصى له بجزء شائع منها كالثلث أو الربع (légataire à titre universel) يعتبر كذلك خلفاً عاماً .

وقد عرض المشرع المغربي لآثار العقد بالنسبة للخلف العام في المادة ٢٢٩ حيث قال :

« تنتج الالتزامات أثرها لا بين المتعاقدين فحسب ، ولكن
« أيضاً بين ورثتهما وخلفائهما ما لم يكن العكس مصرحاً به
« أو ناتجاً عن طبيعة الالتزام أو عن القانون . ومـــع ذلك
« فالورثة لا يلتزمون إلا في حدود أموال التركة . وبنسبة مناب
« كل واحد منهم . وإذا رفض الورثة التركة ، لم يجبروا على
« قبولها ولا على تحمل ديونها وفي هذه الحالة ليس للدائنين
« إلا أن يباشروا ضد التركة حقوقهم » .

فبمقتضى هذا النص القاعدة هي أن أثر العقد ينصرف إلى الخلف العام، مع عدم الاخلال بقواعد الميراث . ولكن لهذه القاعدة بعض الاستثناءات-لا يسري فيها أثر العقد على الخلف العام .

فلنبحث في القاعدة ثم في الاستثناءات .

٢٠٣ – **القاعدة العامة : إنصراف أثر العقد إلى الخلف العام مع عدم الاخلال بقواعد الميراث :** (آ) في التشريع الفرنسي ، يحل الخلف العام محل السلف ، فيتلقى منه الذمة المالية بكامل عناصرها ، ويحل محله

في الحقوق والالتزامات[١٥] . فإن رجحت كفة الالتزامات وجب عليه الوفاء من ماله الخاص ، لكن له أن يرفض الميراث ، أو أن يحتفظ في قبول التركة ببعض الشروط بحيث لا تتجاوز التزاماتة موجودات التركة .

(ب) أما أحكام الشريعة الإسلامية في الميراث فهي تقضي بأنه لا ميراث إلا بعد سداد الدين ، أي أن الوريث ينتقل اليه صافي التركة ، بعد وفاء الديون وتنفيذ الوصية منها . والإرث بعد ذلك جبري ليس للوارث رفضه . فبمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية تكون التركة وحدها ، هي المثقلة بالتزامات المورث ، فلا يجبر الوارث على وفاء شيء من هذه الالتزامات من ماله الخاص . وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قرار له ورد فيه « أن ديون الهالك تخرج من تركته وأن وارثيه ليسوا بمسؤولين عن ديونه ما دام لم يثبت أن الهالك خلف متروكاً وأن الورثة حازوه قبل قضاء الديون المتخلفة في ذمة الهالك »[١٦] .

(ج) وقد تأثر قانون الالتزامات والعقود المغربي بالقانون الفرنسي من حيث أنه أجاز للورثة رفض التركة ، ومنع في هذه الحالة إجبارهم على قبولها ، وحصر حق الدائنين بمباشرة حقوقهم في مواجهة التركة ليس إلا ، دون أن يتحمل الورثة بأي التزام من التزاماتها .

---

١٥ راجع المادة ١١٢٢ من القانون المدني الفرنسي – وكولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية الجزء ٢ نبذة رقم ١١٧ صفحة ١١٣ – وجوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٢٥٣ صفحة ١٣٣ .

١٦ المجلس الأعلى الحكم المدني عدد ٢٧٠ تاريخ ٤ يونيو ١٩٦٩ مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد التاسع السنة الأولى يونيو ١٩٦٩ صفحة ٥٠ .

ولكن المشرع المغربي بقي متمشياً مع أحكام الشريعة الإسلامية ، من حيث أنـه جعل الورثة ، حتى في حالة قبولهم التركة ، « لا يلتزمون إلا في حدود أموال التركة وبنسبة مناب كل واحد منهم » . ففي إطار هذه القواعد المتعلقة بالميراث ، ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام كما لو كان هو العاقد ، مع ملاحظة عدم إمكان ترتيب الالتزامات عليه إلا بقدر ما يصيبه من الحقوق : فهكذا مثلاً لو كان عقد السلف صورياً ، سرى في حق الخلف العام العقد الحقيقي لا العقد الظاهر (المادة ٢٢) . وهكذا أيضاً تكون الأوراق العرفية حجة بتاريخها على الخلف العام كما كانت بالنسبة لسلفه (المادة ٤٢٥) . كذلك ينتقل خيار الفسخ الذي كان يتمتع به المتعاقد إلى ورثته من بعده : فلو مات المتعاقد الذي احتفظ لنفسه بخيار الفسخ قبل فوات الأجل المحدد لمباشرته ، من غير أن يعبّر عن إرادته ، كان لورثته الخيار بين الابقاء على العقد وبين فسخه خلال الوقت الذي كان باقياً لمورثهم (المادة ١١٥) . وكذلك أيضاً لو منح البائع للمشتري أجلاً لوفاء الثمن ، ثم توفي المشتري أو البائع ، انتقل حـق المشتري إلى ورثته ، وانتقل التزام البائع إلى ورثته أيضاً . ولكن لو أن صـافي موجودات التركة الذي آل إلى الوارث بلغ عشرة آلاف درهم ، ثم ظهر دائن للمورث بمبلغ عشرين ألف درهم ، فلا يلزم الوريث بتحمل هـذا الدين بمجموعه ، بل يتحدد التزامه بقدر ما أصابه من التركة أي بمبلغ عشرة آلاف درهم فقط . وعلى هذا نقض المجلس الأعلى حكماً قضى على الورثة بالأداء على سبيل التضامن بينهم وعلل النقض بقوله « إن مسؤولية هؤلاء الورثة فردية تكون على نسبة ما حازه كل منهم في نصيبه » وإنه كان يجب على المحكمة « أن تقوم بتصفية التركة أو تختبر هل خلف الهالك متروكاً يفي بقضاء ديونه وهل

حاز الورثة منه شيئاً وما مقدار ما حاز كل واحد منهم من ذلك لتجري أحكام الشريعة الإسلامية على مقتضاها »[١٧] .

٢٠٤ – حالات استثنائية لا يسري فيها أثر العقد على الخلف العام :

من الرجوع إلى المادة ٢٢٩ يتضح أن أثر العقد ينحصر بالمتعاقدين وحدهما ولا يسري على الخلف العام إما احتراماً لإرادة المتعاقدين أنفسهما ، وإما عملاً بطبيعة العقد ، وإما تنفيذاً لنص قانوني .

هناك إذن ثلاث حالات إستثنائية لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العـام :

الحالة الأولى : إرادة المتعاقدين أنفسهما : قد يعمد المتعاقدان وقت إبرام العقد ، إلى النص في صلبه على عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام ، وذلك كما لو اتفق الطرفان على أن الأجل الذي منحه البائع للمشتري لسداد الثمن لا يستفيد منه ورثة المشتري ، حيث يكون على الورثة وفاء الثمن من التركة فوراً ، أو كما لو تضمن عقد الايجار نصاً على أن العقد يعتبر مفسوخاً بموت المستأجر ، حيث لا يلتزم ورثة المستأجر بالابقاء على عقد الايجار .

الحالة الثانية : طبيعة العقد : قد تأبى طبيعة العقد أن ينصرف أثره إلى الخلف العام . مثال ذلك عقد الايراد المرتب لمدى الحياة أو الايراد العمري (contrat de rente viagère) . فمن طبيعة هذا العقد كما يتبين من اسمه ، أن

---

١٧ المجلس الأعلى الحكم المدني عدد ٢٧٠ تاريخ ٤ يونيو ١٩٦٩ مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد التاسع يونيه ١٩٦٩ صفحة ٥٠ .

ينقضي الحق الناشيء عنه بموت الدائن الذي رتب له الايراد وأن لا ينتقل بالتالي إلى الخلف العام لهذا الدائن .

كذلك إذا كانت شخصية المدين محل اعتبار خاص في العقد ، كما في التعاقد مع رسام أو مهندس أو طبيب أو محام ، فلا ينصرف أثر عقده إلى ورثته وينقضي التزامه بموته .

الحالة الثالثة : نص القانون : قد ينص القانون نفسه على عدم سريان أثر العقد على الخلف العام كما في العقد المتضمن انشاء حق انتفاع حيث ينقضي الانتفاع بموت المنتفع (المادة ٣٥ من ظهير ١٩ رجب ١٣٣٣ المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة) ، أو كما في الوكالة حيث تنتهي الوكالة بموت الموكل أو الوكيل (المادة ٩٢٩) ، أو كما في عقد الشركة حيث تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء[١٨] (المادة ١٠٥١) .

المبحث الثاني

أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص

٢٠٥ - (آ) المقصود بالخلف الخاص (ayant-cause à titre particulier) من تلقى من سلفه حقاً معيناً كان قائماً في ذمة هذا السلف ، سواء كان هذا الحق عينياً كما في الحق الذي ينتقل إلى المشتري أو الموهوب له أو الموصى له

١٨ هذا ما لم يكن قد اتفق في العقد على استمرار الشركة مع الورثة أو على استمرارها بين الباقين من الشركاء على قيد الحياة .

بعين معينة ، أم كان حقاً شخصياً كما في الحق الذي ينتقل من المحيل إلى المحال إليه .

فصفة الخلفية في الخلف الخاص مقصورة على الحق المعين العيني أو الشخصي الذي انتقل إليه من السلف .

(ب) والتشريع المغربي ، كالتشريع الفرنسي ، لم يتطرق لموضوع أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص ، كما فعلت بعض التقنينات الحديثة كالقانون المدني المصري والقانون المدني السوري اللذين أوضحا أنه « إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص ، فان هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه »[١٩] .

(ج) ولكننا نستطيع في المغرب تحديد أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص بسهولة ويسر ، في هدي المبادئ العامة كما استطاع الفقه في فرنسا أن يفعل بالاستناد لهذه المبادئ .

فمن المبادئ العامة ، أن الشخص لا يستطيع أن ينقل لغيره أكثر مما يملك . وينتج عن ذلك أن الخلف الخاص يتلقى الشيء أو الحق بالحالة التي كان عليها في ذمة سلفه المالية ، وبالوضع الحقوقي الذي حددته لهذا الشيء أو الحق

---

١٩ راجع المادة ١٤٦ من القانون المدني المصري والمادة ١٤٧ من القانون المدني السوري .

العقود السابقة التي جرت بشأنه . فقد يكون بائع العقار مثلاً أنشأ عليه قبل بيعه ارتفاقاً أو رهناً رسمياً أو قد يكون أجَّره للغير . فالمشتري الذي يتلقى العقار المبيع إنما يتلقاه بالتكاليف المقررة عليه سابقاً، من ارتفاق أو رهن رسمي أو كراء، ويتأثر إذن بالعقود التي أنشأت هذه التكاليف رغم أنه لم يكن أحد الأطراف فيها . وقد يكون الدائن ، قبل حوالة حقه ، وضع هذا الحق موضع رهن حيازي لدى دائن له . فالمحال له الذي ينتقل اليه الحق ، إنما يتلقى هذا الحق وهو مثقل بالتكليف المقرر عليه ويتأثر إذن بعقد الرهن الذي كان عقده المحيل ولو أن المحال له لم يكن طرفاً فيه .

ثم إنه من المبادئ العامة أيضاً أن المال (شيئاً كان أم حقاً) ، إذا انتقل من سلف إلى خلف ، فهو ينتقل بسائر ما يتمتع به من ميزات وضمانات : فإذا اكتسب مثلاً مالك عقار ارتفاقاً لمصلحة عقاره على عقار مجاور ثم باعه ، فإن المشتري يتلقى العقار المبيع مع الارتفاق الذي كان تقرر لمصلحته ويستفيد إذن من العقد الذي كان أبرمه البائع مع صاحب العقار المرتفق به المجاور رغم عدم كون المشتري طرفاً في هذا العقد . وإذا ما كان دين الدائن مضموناً برهن أو كفالة وأحال الدائن دينه إلى خلف ، فإن الدين ينتقل بهذه الضمانات ويستفيد المحال له من الرهن أو الكفالة التي أبرمها الدائن المحيل والتي لم يكن المحال له طرفاً فيها[٢٠] .

---

٢٠ يلاحظ أن المشرع المغربي اشترط ، لتكون حوالة الحق شاملة الرهون والكفالات ، أن يتضمن عقد الحوالة نصاً صريحاً يقضي بذلك (المادة ٢٠٠ من قانون الالتزامات والعقود) .

(د) على أنه يجب الانتباه إلى أن سريان عقود السلف على الخلف الخاص يشترط فيه تحقق الشروط الآتية :

أولاً – يجب أن يكون عقد السلف سابقاً لخلفية الخلف الخاص . أما إذا كان لاحقاً ، كأن يؤجر مثلاً بائع عقار هذا العقار بعد أن انتقلت ملكيته للمشتري ، فلا يكون للايجار أدنى أثر بالنسبة للخلف الخاص . ولما كانت الاسبقية في التاريخ أمراً لا بد منه لسريان أثر العقد على الخلف الخاص ، بات من اللازم أن يكون سبق تاريخ العقد ثابتاً بصورة رسمية[٢١] .

ثانياً – يجب أن يكون عقد السلف وثيق الصلة بالشيء أو الحق الذي انتقل إلى الخلف الخاص ، أو حسب التعبير الذي ورد على لسان المشرع المصري والمشرع السوري يجب أن تكون الحقوق والالتزامات المتولدة عن هذا العقد من مستلزمات الشيء أو الحق الذي انتقل فيما بعد إلى ذلك الخلف . وتعتبر الحقوق من مستلزمات الشيء أو الحق إذا كانت مما يكمله ويتمه ، وتعتبر الالتزامات من مستلزمات الشيء أو الحق إذا كانت مما يحده ويقيده : فهكذا مثلاً لو أن صاحب سيارة قد أمّن عليها ضد حوادث السير ثم باعها ، أو لو أن مالك عقار ، قبل أن يبيعه ، رتب عليه ارتفاقاً لمصلحة عقار مجاور ، أو لو أن دائناً عقد رهناً على دينه ثم حوّل هذا الدين فإن الحقوق الناشئة عن عقد التأمين والالتزامات الناشئة عن الارتفاق أو الرهن تنتقل إلى المشتري أو إلى المحال له لأنها وثيقة الصلة بالمبيع أو بالحق المحال وتعتبر من مستلزماته . أما إذا كانت الحقوق

---

٢١ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، مصادر الالتزام صفحة ٨٥٤ – عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول نبذة رقم ٣٧٧ صفحة ٢٩٩ .

أو الالتزامات ، الناشئة عن عقد ورد على شيء أو حق ، انتقل فيما بعد إلى خلف ، ليست من مستلزمات هذا الشيء أو الحق ، فإن الحقوق والالتزامات المذكورة لا تنتقل إلى الخلف الخاص : فهكذا مثلاً لو أن صاحب حديقة سمح لمالك عقار مجاور بقطف الزهور من هذه الحديقة ، ثم بدا لمالك هذا العقار أن يبيع عقاره ، فحقه في قطف الزهور من الحديقة المجاورة لا ينتقل إلى المشتري . وهكذا أيضاً لو أن صاحب سيارة استأجر مرأباً لايوائها أو اتفق مع ميكانيكي على إصلاح عطب فيها ، ثم باع هذه السيارة ، فإن الحقوق والالتزامات القائمة بين بائع السيارة من جهة وبين كل من مؤجر المرآب والميكانيكي من جهة ثانية لا تنتقل إلى مشتري السيارة . وكذلك لو أن دائناً اتفق مع مصرف على أن يحصل له ديونه مقابل عمولة يتقاضاها ، ثم حوّل ديناً من هذه الديون للغير ، فإن الحقوق والالتزامات الناشئة عن الاتفاق المبرم بين الدائن والمصرف لا تنتقل إلى المحال له لأنها ليست من مستلزمات الدين المحال .

ثالثاً – يجب أخيراً أن يكون الخلف الخاص على علم بالحقوق والالتزامات الناشئة من العقد الذي عقده سلفه . وتظهر أهمية هذا الشرط في الالتزامات الناشئة من عقد السلف . ذلك أن هذه الالتزامات تعتبر بمثابة قيود على حق الخلف الخاص ، فلا بد أن يكون الخلف عالماً فعلاً بهذه القيود ليكون ملزماً باحترامها : فلو أن مالك عقار التزم بعدم تحويله إلى مقهى بمقتضى عقد ، ثم باع هذا العقار وكان المشتري الجديد على علم بالأمر فإنه يلتزم بنفس التزام سلفه ولا يستطيع تحويل العقار الذي اشتراه إلى مقهى . أما إذا كان المشتري غير عالم بالعقد الذي التزم فيه بائعه بعدم تحويل العقار إلى مقهى ، فإن العقد

المذكور لا يسري بحقه ولا يلتزم بما كان سلفه ملتزماً به ، بل هو يستطيع ، إذا شاء ، تحويل العقار إلى مقهى .

المبحث الثالث

أثر العقد بالنسبة للدائنين

٢٠٦ – (آ) منحت المادة ١٢٤١ من قانون الالتزامات والعقود حق ضمان عام للدائن على أموال مدينه فقررت أن « أموال المدين ضمان عام لدائنيه ويوزع ثمنها عليهم بنسبة دين كل واحد منهم ... » .

وهذا الضمان العام حق تقره للدائن سائر التشريعات قديمها وحديثها[٢٢] .

(ب) وما دامت أموال المدين تعتبر الضمان العام للدائنين ، كان من الطبيعي أن يتأثر الدائن بالعقود التي يعقدها مدينه ، وذلك بطريق غير مباشر ، من حيث أن هذه العقود قد تزيد أو قد تنقص في ضمانه العام .

ومن هنا يتبين أن التصرف الذي يبرمه المدين يقتصر أثره ، في هذا الشأن ، على أن الدائن يستفيد بصورة غير مباشرة من الحقوق التي يكسبها المدين لأنها تزيد في الضمان العام المقرر له ، ويضار على العكس ، وبصورة غير مباشرة أيضاً ، من الالتزامات التي تترتب على المدين لأنها تنقص من هذا الضمان العام .

(ج) والقاعدة أن للمدين التصرف في ماله على الصورة التي يريدها ، وأن

---

٢٢ راجع المادة ٢٠٩٣ من القانون المدني الفرنسي – والمادة ٢٣٤ من القانون المدني المصري – والمادة ٢٣٥ من القانون المدني السوري

الدائن ليس له أن يناقش أو يعارض هذا التصرف حتى لو انقص من ضمانه العـــام .

(د) على أن المشرع يخول عادة الدائن وسائل من شأنها أن تكفل حمايته من تصرفات المدين الضارة .

فمن هذه الوسائل التي أقرها المشرع المغربي ما إذا أبرم المدين عقداً صورياً يضر بالدائن ، كأن يكون أقدم على تهريب كل أو بعض أمواله بعقد وهمي ، حيث يجوز للدائن أن يطعن بهذا العقد ويعيد الأموال المتصرف بها وهمياً إلى ذمة مدينه المالية لتبقى داخلة في الضمان العام (المادة ٢٢) . ومن هذه الوسائل أيضاً منح الدائن حق القاء الحجز التحفظي على أموال مدينه ، ولو كان دينه مقروناً بأجل ، ليمنع على المدين التصرف بهذه الأموال فتبقى في ذمته المـــالية (المادة ٢٣٨) ، ومن هذه الوسائل كذلك حق الدائن في حبس ما في حوزته من أموال للمدين حتى استيفاء ما هو مستحق له قبل هذا المدين (المادة ٢٩١) .

وثمة وسائل أخرى لم يأخذ بها المشرع المغربي وأقرتها أكثر التشريعات تسمح للدائن ، إذا ما أبرم مدينه تصرفاً جدياً ضاراً به ، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف بحقــه عن طريــق ممارســة مــا يسمى « بالدعوى البوليانية » (action paulienne) أو « بالدعوى المباشرة » (action directe) [٢٣] ، كما تسمح له ، إذا ما أهمل المدين المطالبة بحق له في ذمة الغير ، أن يطالب

---

٢٣ راجع المادة ١٦٧ من القانون المدني الفرنسي – والمادتان ٢٣٧ و ٢٣٨ من القانون المدني المصري والمادتان ٢٣٨ و ٢٣٩ من القانون المدني السوري .

بهذا الحق باسم مدينه عن طريق ممارسة مـــا يسمى « بالدعوى غير المباشرة » (action oblique) أو (action indirecte) [٢٤] .

المبحث الرابع

أثر العقد بالنسبة للغير بالمعنى الصحيح الضيق

٢٠٧ – **نظرة عامة** : المقصود بالغير هنا كل من سوى الخلف العام والخلف الخاص والدائنين ، أي كل شخص أجنبي عن حلقة المتعاقدين ، ولا تربطه بهما أي رابطة الزامية (penitus extranei)

وهذا الشخص الأجنبي عن حلقة المتعاقدين هو من قصده المشرع عندما أعلن في المادة ٣٣ أنه « لا يحق لأحد أن يلزم غيره ولا أن يشترط لصـــالحه إلا إذا كانت له سلطة النيابة عنه بمقتضى وكالة أو بمقتضى القانون » .

وهو من قصده كذلك عندما صرح في المادة ٢٢٨ أن « الالتزامات لا تلزم إلا من كان طرفاً في العقد ، فهي لا تضر الغير ولا تنفعهم إلا في الحـــالات المذكورة في القانون » .

فالقاعدة الأساسية إذن هي أن الغير لا يصبح دائناً ولا مديناً بعقد يبرمه متعاقدان آخران .

ولكن ثمة حالات مذكورة في القانون وأشارت اليها المادة ٢٢٨ يمكن فيها ،

---

٢٤ راجع المادة ١١٦٦ من القانون المدني الفرنسي – والمادة ٢٣٥ من القانون المـــدني المصري – والمادة ٢٣٦ من القانون المدني السوري .

على وجـه إستثنائي ، جعل الغير يكسب حقوقاً أو تترتب عليه التزامات بعقد لم يكن قد اشترك فيه .

وهذه الحالات الاستثنائية هي :

أولاً – الالتزام عن الغير على شرط إقراره إياه .

ثانياً – الاشتراط لمصلحة الغير .

وسنفرد مطلباً خاصاً لكل من هاتين الحالتين .

وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : الالتزام عن الغير على شرط إقراره إياه .

المطلب الثاني : الاشتراط لمصلحة الغير .

المطلب الأول

الالتزام عن الغير على شرط إقراره إياه

٢٠٨ – **تعريف وإيضاح** : يقصد بالالتزام عن الغير شرط إقراره إياه أن يبرم شخص إلتزاماً باسم غيره شرط أن يقر هذا الغير الالتزام الذي أُبرم باسمه .

وتتحقق أهم صور لهذه الوضعية القانونية ، في الحياة العملية ، عندما يتعذر الحصول على رضاء صاحب الشأن في خصوص أمر معين ، فيتصرف شخص آخر بهذا الأمر شرط إقرار صاحب الشأن التصرف الذي جرى باسمه . مثال ذلك أن يرغب الحاضرون من الشركاء في مال مشترك بيع هذا المال المشترك

فيما بينهم وبين شريك غائب . فخشية أن تفوت الفرصة وتضيع الصفقة بانتظار عودة الشريك الغائب أو إرسال وكالة عنه ، يبرم الشركاء الحاضرون عقد البيع بالأصالة عن أنفسهم وباسم الشريك الغائب أيضاً شرط أن يقر هذا الغائب البيع الذي جرى باسمه . مثال آخر أن يتعذر على الوكيل إنجاز تصرف يتجاوز حدود الوكالة ، ويخشى ضياع الوقت ، فيبرم العقد باسم الموكل بوصفه غيراً شرط أن يقر هذا الأخير العقد الذي أبرم باسمه .

٢٠٩ – **حكم الالتزام عن الغير شرط إقراره إياه** : المبدأ القانوني في الالتزام شرط إقراره إياه ، أن ذلك الغير الذي أبرم الالتزام باسمه له الحرية المطلقة في أن يرفض هذا الالتزام أو أن يقبل به .

(آ) يستطيع الغير أن يرفض الالتزام الذي أُبرم باسمه . ولا حرج عليه في ذلك لأنه غير ملزم بشيء أصلاً ولا يمكن إلزامه رغم إرادته .

ولا تترتب في هذه الحالة أي مسؤولية على الملتزم عن الغير إزاء الطرف الآخر ، لأن التعاقد وقع في الأصل على شرط أن يحظى بإقرار الغير المتعاقد باسمه ، وأن الملتزم عن الغير لم يتعهد إزاء متعاقده بالحصول على هذا الاقرار . وبهذا تختلف وضعية الالتزام عن الغير شرط إقراره الالتزام عن وضعية ما يسمى « بالتعهد باسم الغير » (Promesse de porte fort) كما سنرى في معرض المقارنة بين هاتين الوضعيتين القانونيتين[٢٥] .

(ب) ويستطيع الغير أن يقر الالتزام الذي أبرم باسمه . إنما يجب أن يقع

---

٢٥ راجع نبذة رقم **٢١١** أدناه .

هذا الاقرار خلال فترة معقولة . وفي سبيل ذلك أعطى المشرع الطرف الآخر الحق في أن يطلب من الغير إعلان موقفه من الالتزام الذي أبرم باسمه ، ويتحلل هذا الطرف من التزامه إذا لم يعلن الغير عن قبوله خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر بعد حصول الأخطار بالعقد . وبهذا المعنى قررت المادة ٣٦ أنه في حالة الالتزام عن الغير شرط إقراره إياه « يكون للطرف الآخر أن يطلب قيام هذا الغير بالتصريح بما إذا كان ينوي إقرار الاتفاق . ولا يبقى هذا الطرف ملتزماً إذا لم يصدر الاقرار داخل أجل معقول على أن لا يتجاوز هذا الأجل خمسة عشر يوماً بعد الاعلام بالعقد » .

ولا يشترط في إقرار الالتزام أن يصدر صراحة ، بل يمكن أن يحصل بصورة ضمنية ، كما لو قام الغير بتنفيذ العقد الذي أبرم باسمه (المادة ٣٧) . ففي بيع الشركاء على الشيوع المال الشائع بالاصالة عن أنفسهم وباسم شريكهم الغائب شرط إقراره البيع ، إذا قبض هذا الشريك ثمن حصته المودع لحسابه في مصرف ، فقبضه الثمن لا يفسر إلا بأنه قابل بالبيع الذي جرى باسمه .

بل يسوغ استخلاص الاقرار من السكوت ، إذا كان الشخص الذي يجري التصرف في حقوقه حاضراً أو أخطر على وجه صحيح بحصول هذا التصرف ، ولم يعترض عليه دون أن يكون هناك سبب مشروع يبرر سكوته (المادة ٣٨) . فلو أن بعض الشركاء على الشيوع باعوا حصصهم في مال شائع والتزموا عن شريك لهم ببيع حصته أيضاً شرط إقراره ذلك ، وكان هذا الشريك حاضراً مجلس العقد الذي جرى فيه الالتزام عنه ولم يعترض على تصرف شركائه بحقه ، فإن سكوته هذا يعتبر إقراراً للبيع ، ما لم يكن هناك سبب مشروع يبرر هذا السكوت ، كأن يكون عرضة للتهديد والوعيد إن هو اعترض ،

واضطر أن يلتزم السكوت تحت وطأة الاكراه ، فلا يعتد عندها بسكوته .

(ج) ويعتبر الاقرار بمثابة الوكالة . لذا ينتج أثره في حق المقر فيما يرتبه له أو عليه من وقت إبرام التصرف الذي حصل إقراره ، ما لم يصرح بغير ذلـــك . فللاقرار إذن أثر رجعي ينسحب إلى الوقت الذي تم فيه العقد الجاري باسم المقر ، ويكون الوضع بعد الاقرار كما لو أن العقد تم في الأصل بين المقر من جهة وبين المتعاقد الآخر من جهة ثانية . هذا ما لم يصرح المقر أنه يريد اعتبار نفسه مرتبطاً منذ تاريخ إقرار العقد .

(د) على أن أثر الاقرار الرجعي يبقى محصوراً فيما بين المقر والمتعاقــد الآخر . أما في مواجهة الغير فلا يكون للاقرار أثر إلا من تاريخ حصوله (المادة ٣٧) . فإذا ما اكتسب شخص حقاً على الشيء الذي ورد عليه الالتزام عن الغير شرط اقراره إياه وذلك في الفترة ما بين وقوع هذا الالتزام وصدور الاقرار ، فإن مكتسب الحق يصان حقــه ، ولا يتأثر بالاقرار ، بمعنى أن المتعاقد مع الملتزم يتلقى الشيء من المقر مكلفاً بالحق الذي رتبه عليه قبل الاقرار .

٢١٠ – **التعهد عن الغير** : (آ) يراد بالتعهد عن الغير إبرام شخص عقداً باسمه يتعهد فيه بحمل الغير على قبول الالتزام بأمر معين تحت طائلـة تحمل المسؤولية تجاه المتعاقد الآخر في حالة رفض الغير أن يلتزم . مثال ذلك أن يرغب الملاك على الشيوع في عقار ، بيع هذا العقار ، ويكون بعض الملاك غائبين ، فيخشى الملاك الحاضرون ضياع الصفقة في حالة الانتظار ، فيتعاقد الملاك الحاضرون عن أنفسهم ويتعهدون بذات الوقت للمشتري بالحصول على رضاء الغائبين ببيع حصصهم .

ومن الواضح أن التعهد عن الغير أكثر فعالية وأنجع ضماناً من الالتزام عن الغير شرط إقراره إياه : ففي الالتزام عن الغير شرط اقراره إياه ، إذا رفض الغير العقد ، لا يخشى من ترتب أي مسؤولية على الملتزم . أما في التعهد عن الغير ، فيترتب الضمان على المتعهد إذا رفض الغير أن يلتزم . ولعل ذلك يدفع الغير على القبول بالالتزام تفادياً لما يمكن أن يلحق بالمتعهد من ضرر في حالة الرفض .

(ب) وقد تناول المشرع الفرنسي بالبحث التعهد عن الغير[٢٦] . وكذلك أقرته التقنينات الحديثة كالقانون المدني المصري[٢٧] والقانون المدني السوري[٢٨] اللذين قننا أحكام التعهد عن الغير على الوجه التالي :

« إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعهده . فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه . ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به .

أما إذا قبل الغير هذا التعهد فإن قبوله لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد » .

(ج) ونحن رغم انتفاء النص في قانون الالتزامات والعقود المغربي لا نرى

---

٢٦ راجع المادة ١١٢٠ من القانون المدني الفرنسي .

٢٧ راجع المادة ١٥٣ من القانون المدني المصري .

٢٨ راجع المادة ١٥٤ من القانون المدني السوري .

ما يمنع إقرار صحة التعهد عن الغير ، وتطبيق الأحكام التي قننتها التشريعات الحديثة بشأنه ، لأنها مستمدة من المبادئ العامة القائلة من جهة بجواز الالتزام بالقيام بعمل لا يخالف النظام العام – والتعهد عن الغير ليست فيه مخالفة ما للنظام العام – ومن جهة ثانية ، بترتب المسؤولية على من يخل بالتزامه وإجباره بالتعويض على المتعاقد الآخر – والمتعهد يعتبر مخلاً بتعهده إذا ما رفض الغير أن يلتزم ويجب بالتالي إلزامه بالتعويض – .

وجدير بالذكر أن التقنين القديم في مصر كان خلواً من النص على التعهد عن الغير . ومع ذلك فالفقه والقضاء استمرا على إقرار صحة التعهد عن الغير وأخضعاه للأحكام التي وردت بشأنه في القانون المدني الحديث والتي هي مستمدة من المبادئ العامة كما سبق بيانه .

٢١١ – مقارنة بين التعهد عن الغير وبين الالتزام عن الغير شرط إقراره إياه : إن مقارنة التعهد عن الغير بالالتزام عن الغير شرط إقراره إياه تظهر بين هاتين الوضعيتين الحقوقيتين الفوارق الهامة التالية :

(آ) في التعهد عن الغير يتعاقد المتعهد باسمه لا باسم الغير الذي يتعهد عنه ، بينما الملتزم عن الغير شرط إقراره الالتزام لا يتعاقد باسمه هو الملتزم بل يتعاقد باسم هذا الغير .

(ب) في التعهد عن الغير يلتزم المتعهد بالقيام بعمل وهو حمل الغير على قبول التعهد . أما الملتزم عن الغير شرط اقراره الالتزام فهو يتعاقد على شرط إقرار الغير العقد ولا يلتزم بشيء .

(ج) في التعهد عن الغير ، إذا قبل الغير التعهد ، فان قبوله لا ينتج أثراً

إلا من وقت صدوره ، ما لم يتبين العكس ، بينما في التزام عن الغير شرط إقراره إياه ينتج الاقرار أثره من وقت إبرام التصرف الذي حصل اقراره ، ما لم يصرح بغير ذلك .

(د) في التعهد عن الغير ، إذا قبل الغير التعهد ، فإن عقداً جديداً ينشأ بين هذا الغير وبين من تعاقد مع المتعهد ويكون بحسب الأحوال التزاماً بنقل حق عيني أو بعمل أو بالامتناع عن عمل ، بينما في الالتزام عن الغير شرط إقراره إياه ، إذا أقر الغير العقد ، فليس ثمة عقد جديد ينشأ ، بل إنما العقد الذي إبرم باسم الغير هو نفسه الذي ينتج آثاره .

(هـ) في التعهد عن الغير ، إذا رفض الغير أن يلتزم ، كان ذلك سبباً في ترتب المسؤولية على المتعهد وفي الزامه بالتعويض على من تعاقد معه ، بينما في الالتزام عن الغير شرط إقراره إياه ، إذا رفض الغير العقد ، فإنه لا تترتب أي مسؤولية على الملتزم باسم هذا الغير .

المطلب الثاني

الاشتراط لمصلحة الغير

٢١٢ – **تعريف وإيضاح** : الاشتراط لمصلحة الغير تعاقد يتم بين شخصين أحدهما يسمى المشترط (stipulant) والآخر الواعد أو المتعهد (promettant) يشترط فيه الأول على الثاني أن يلتزم هذا الأخير ، إزاء شخص ثالث أجنبي عن التعاقد ويسمى المنتفع (bénéficiaire) فينشأ بذلك للمنتفع حق مباشر يستطيع أن يطالب به المتعهد

وقد خص قانون الالتزامات والعقود للاشتراط لمصلحة الغير المادتين ٣٤

و ٣٥ حيث أقر مبدأ جواز الاشتراط لمصلحة الغير ، ثم أوضح الاثار التي تترتب على الاشتراط لمصلحة الغير سواء بالنسبة للمشترط ، أم بالنسبة للمنتفع ، أم بالنسبة للغير .

٢١٣ – **مخطط البحث** : سنبدأ ببيان أهم صور الاشتراط لمصلحة الغير في الحياة العملية ، ثم ننتقل لعرض مختلف الشروط الواجب توافرها لقيام الاشتراط لمصلحة الغير ، ثم توضح آثار الاشتراط لمصلحة الغير في علاقة المشترط بكل من المتعهد والمنتفع ثم في علاقة المتعهد بالمنتفع .

٢١٤ – **أهم صور الاشتراط لمصلحة الغير** : إن نطاق الاشتراط لمصلحة الغير واسع جداً في الحياة العملية ، وله صور عديدة نجد آثارها في عقود الهبة بعوض ، وفي عقود التأمين ، وفي عقود نقل البضائع ، وفي عقود المرافق العامة .

(آ) فمن التطبيقات المعروفة منذ القديم عقود الهبة بعوض وهي العقود التي يهب فيها شخص مالاً لآخر مشترطاً على الموهوب له أن يدفع مرتباً معيناً لأحد من الغير .

(ب) ومن التطبيقات الهامة بل من أهمها عقود التأمين : ففي عقد التأمين على الحياة مثلاً يؤمن المتعاقد على حياته لمصلحته ومصلحة أولاده من بعده إذا مات قبل مدة معينة ، أو يؤمن لمصلحة أولاده فحسب . وفي عقد التأمين على الحريق كثيراً ما تحوي وثيقة التأمين شروطاً لمصلحة المستأجرين أو الخلف الخاص أو المنتفع . وفي عقد التأمين على الأخطار قد يؤمن رب العمل لمصلحة عماله عما قد يصيبهم من حوادث العمل .

(ج) ومن صور الاشتراط لمصلحة الغير ، عقود نقل البضائع الجارية مع شركات النقل ، عندما يكون الشخص الموجهة اليه البضاعة غير شخص مرسلها .

(د) وكذلك نجد تطبيقاً من تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير في عقود التزام المرافق العامة التي تبرم مع شركات المياه والنور والنقل ونحو ذلك ، حيث تشترط الادارة عادة شروطاً لمصلحة الجمهور ، كأن تحدد مثلاً حداً أعلى لسعر الخدمات التي تقدمها إليهم هذه الشركات ، كما تشترط شروطاً لمصلحة العمال الذين يستخدمهم ملتزم المرفق العام ، كأن تحدد مثلاً حداً أدنى لاجورهم أو حداً أعلى لساعات عملهم .

٢١٥ - **شروط الاشتراط لمصلحة الغير** : من المتفق عليه اليوم أنه لا بد ، حتى يتحقق الاشتراط لمصلحة الغير ، من توافر ثلاثة شروط :

الشرط الأول : أن يتعاقد المشترط باسمه .

الشرط الثاني : أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى انشاء حق مباشر للمنتفع .

الشرط الثالث : أن تكون للمشترط مصلحة شخصية في الاشتراط .

ولكن لا ضرورة حتى يتحقق الاشتراط لمصلحة الغير ، أن يكون المنتفع معيناً ولا أن يكون موجوداً وقت الاشتراط .

ولسوف نعرض لمختلف الشروط المتطلبة لقيام الاشتراط لمصلحة الغير ، ثم نبحث في عدم لزوم تعيين المنتفع وقت العقد ، ففي جواز الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل أو جهة مستقبلة .

٢١٦ - **الشرط الأول : تعاقد المشترط باسمه** : يجب لقيام الاشتراط لمصلحة الغير أن يتعاقد المشترط مع المتعهد باسمه لا باسم المنتفع . وهذا ما يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن مختلف صور النيابة كالوكالة والفضالة .

فالوكيل يتعاقد باسم الموكل الذي يعتبر هو الطرف في العقد لا الوكيل .

والفضولي كذلك هو نائب قانوني عن رب العمل ، وهو لا يقوم بعمله إلا إذا كانت هناك ضرورة عاجلة تتطلب القيام بهذا العمل ، وإذا بدأ العمل وجب عليه أن يستمر فيه بحيث لا يجوز له بعدئذ الرجوع .

أما المشترط فهو يتعاقد باسمه ولا ينوب عن المنتفع .

ويترتب على ذلك أن لكل شخص أن يشترط لمصلحة غيره ، ما دامت له مصلحة شخصية من وراء هذا الاشتراط ، وله أن يرجع عن الاشتراط بمحض إرادته ، كما سنرى[٢٩] ، إذا أراد ذلك .

٢١٧ - **الشرط الثاني : اتجاه إرادة المتعاقدين إلى انشاء حق مباشر للمنتفع** : يجب لقيام الاشتراط لمصلحة الغير أن تنصرف إرادة المتعاقدين إلى ترتيب حق للمنتفع ينشأ مباشرة من العقد في ذمة المتعهد ، بحيث لا يمر هذا الحق ، قبل وصوله إليه ، في ذمة المشترط .

فإذا كان المشترط قد اشترط الحق لنفسه ، ثم حوله بعد ذلك إلى شخص آخر ، فلا يتحقق الاشتراط لمصلحة الغير ، كما لو باع شخص عقاراً له ،

---

٢٩ راجع نبذة رقم ٢٢٤ أدناه .

ثم حول الثمن إلى دائنه . ففي هذه الحالة يوجد عقدان متعاقبان لا أثر فيهما للاشتراط لمصلحة الغير : عقد بيع بين البائع والمشتري ، ثم عقد حوالة بين البائع ودائنه[٣٠] .

وإذا كان المشترط قد اشترط الحق لنفسه ، وكان الغير يفيد من هذا الحق ، فلا يكون ذلك حتماً من قبيل الاشتراط لمصلحة الغير : فقد يتعاقد مثلاً رب عمل مع طبيب على تطبيب مستخدميه دون أن تكون نية الطرفين قد انصرفت إلى منح المستخدمين حقاً مباشراً قبل الطبيب . ففي مثل هذه الحالة لا يعتبر العقد الجاري بين رب العمل والطبيب قد تضمن اشتراطاً لمصلحة الغير[٣١] .

ويعود طبعاً للقضاء ، في ضوء ظروف العقد ، تقرير ما إذا كانت نية الطرفين قد انصرفت إلى انشاء حق مباشر للغير . فإذا توفرت هذه النية لدى المتعاقدين ، تحقق قيام الاشتراط لمصلحة الغير وإلا فلا ، لأن وجود الحق المباشر للمستفيد هو ركن أساسي في الاشتراط لمصلحة الغير .

٢١٨ – الشرط الثالث : وجود مصلحة شخصية للمشترط في الاشتراط : (آ) يتعاقد المشترط باسمه ويعمل لحسابه . ولهذا كان بديهياً أن تكون له مصلحة شخصية في ذلك ، وإلا كان عمله ضرباً من العبث .

ومصلحة المشترط المقصودة هنا ، لا يشترط فيها أن تكون مادية أي

---

٣٠ كولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ١٢٨ صفحة ١٢٧ و ١٢٨ .

٣١ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٢٨١ صفحة ١٤٧ .

مالية ، كما لو اشترط شخص على المتعهد أن يدفع مبلغاً من المال إلى المنتفع سداداً لدين مترتب لمصلحة هذا الأخير في ذمة المشترط ، بل يجوز أن تكون أدبية أي معنوية ، كما في هبة يشترط فيها الواهب على الموهوب له التزامـاً لمصلحة مستشفى أو كما في عقد تأمين على الحياة يعقده الأب لمصلحة أولاده أو زوجته .

(ب) ووجود المصلحة لدى المشترط ليس مرهوناً بترتيب التزام عليه : فقد توجد المصلحة حتى لو كان المشترط لا يلزم نفسه بشيء . مثل ذلك أن تتعاقد أم مع مطلقها على أن يلتزم بتأدية مرتب لابنهما دون أن تلتزم الأم بشيء نحو الأب . فالأم هنا تشترط لمصلحة ابنها ، واشتراطها صحيح لوجود المصلحـة الأدبية لديها . ولا يهم بعد هذا أن تلتزم بشيء أو لا تلتزم[٣٢] .

(ج) وإن وجود المصلحة الشخصية للمشترط هو الذي يبرر حقه بمطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع ، حتى بعد أن يظهر المنتفع رغبته في قبول المشارطة ، هذا ما لم يكن حق المطالبة بالتنفيذ قد حصر بالمنتفع وحده (المادة ٣٥ من قانون الالتزامات والعقود) .

٢١٩ – عدم اشتراط تعيين المنتفع وقت العقد : نصت المادة ٣٤ من قانون الالتزامات والعقود أنه يجوز الاشتراط لمصلحة الغير ولو لم يعين وقت إبرام العقد . فالاشتراط يصح إذن لمصلحة شخص غير معين حين عقد الاشتراط .

ولا يقصد بالشخص غير المعين ، الشخص الذي لن يستطاع تعيينه أبداً

---

٣٢ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٢٨٤ صفحة ١٤٩ .

(personne indéterminable) بل إنما يقصد به الشخص الذي وإن كان لم يعين وقت الاشتراط ، إلا أن تعيينه يبقى مستطاعاً وقت أن ينتج العقـد أثره (personne déterminable) . فهكذا مثلاً لو وقع الاشتراط لمصلحة عامل أو لمصلحة فقير ، دون أي تعيين ، كان اشتراطاً باطلاً لأنه اشتراط لشخص غير معين وقت الاشتراط وغير ممكن التعيين أبداً . أما في تأمين رب العمـل لمصلحة عماله في المعمل عما قد يصيبهم من حوادث العمل ، أو في الاشتراط لمصلحة المنتفعين من الجمهور في عقود التزام المرافق العامة ، فإن شخص المنتفع ، وإن كان غير معين وقت العقد ، إلا أنه سيتعين حين وقوع الحادث بالنسبة لعقد التأمين ، وعندما يقدم أحد من الجمهور على التعاقد مع ملتزم المرفق العام بالنسبة لعقد الالتزام[٣٩] .

٢٢٠ – جواز الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل أو جهة مستقبلة :
(آ) لئن كان المشرع المغربي أجاز الاشتراط لمصلحة الغير ولو لم يكن معيناً (المادة ٣٤) ، فهو قد سكت عن مصير الاشتراط لمصلحة الغير إذا كـان المنتفع شخصاً مستقبلاً أو جهة مستقبلة ، كأن أهب عقاراً لعمرو على أن يؤدي مرتباً شهرياً لأول ولد لشقيقته المتزوجة ، أو كأن أهب عقاراً لعمرو على أن يقوم بالانفاق على أول مسجد يشاد في منطقة أكدال في الرباط ضمن حدود ريع العقار الموهوب .

---

٣٩ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٢٩١ ورقم ٢٩٢ صفحة ١٥٢ و ١٥٣ – وكولان وكابيتان الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ١٣٦ صفحة ١٣٥ و ١٣٦ .

(ب) والقانون المدني الفرنسي سكت هو أيضاً عن هذه الناحية . ولكن الفقه في فرنسا لم يتردد في القول بصحة الاشتراط لمصلحة الغير إذا كان المنتفع شخصاً مستقبلاً أو جهة مستقبلة[٤٠] أما الاجتهاد فهو أجاز الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل أو جهة مستقبلة في الهبات بعوض ، حيث قرر صحة الهبة لمصلحة شخص طبيعي أو اعتباري على أن يقوم هذا الشخص بالانفاق على مؤسسة علمية أو خيرية أو اجتماعية لم تكتسب بعد الشخصية الاعتبارية بل لما تنشأ وقت وقوع الهبة[٤١] . ولكن الاجتهاد كان يصر على منع الاشتراط في التأمين على الحياة لمصلحة من يمكن أن يلد للمؤمن له من أولاد ، ويحصر الاشتراط في الأولاد المولودين أو من هم حملاً في بطون أمهاتهم يوم إبرام عقد التأمين[٤٢] . وبقي الأمر كذلك إلى أن تدخل المشرع الفرنسي وأجاز في قانون ١٣ يوليوز ١٩٣٠ بشأن عقد التأمين ، وقوع التأمين على الحياة لمصلحة من سيولد من أولاد للمؤمن له[٤٣] . ومذ صدور هذا القانون أصبح الفقه والاجتهاد يجمعان على إقرار صحة الاشتراط لمصلحة الشخص المستقبل في جميع الحالات .

(ج) والقوانين الحديثة تقف هي أيضاً موقفاً إيجابياً من الموضوع كما في

---

٤٠ كولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ١٣٧ صفحة ١٣٦ – وجوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة ٢٩٣ صفحة ١٥٣ و ١٥٤ .

٤١ نقض فرنسي قرار ٨ ابريل ١٨٧٤ دالوز ١٨٧٦ – ١ – ٢٢٥ .

٤٢ نقض فرنسي قرار ٧ فبراير ١٨٧٧ دالوز ٧٧ – ١ – ٣٣٧ – وقرار ٧ مارس ١٨٩٣ دالوز ١٨٩٤ – ١ – ٧٧ .

٤٣ راجع المادة ٦٣ من قانون ١٣ يوليوز ١٩٣٠ .

القانون المدني المصري والقانون المدني السوري اللذين أجازا في الاشتراط لمصلحة الغير « أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً أو جهة مستقبلة »[٤٤] .

(د) لذلك نرى الحذو في المغرب حذو الفقه المستمر والاجتهاد الحالي في فرنسا والقول ، رغم انتفاء النص ، بصحة الاشتراط لمصلحة الغير ولو كان المنتفع شخصاً مستقبلاً أو جهة مستقبلة ، ولا سيما أن هذا الاتجاه هو السائد في التشريع الحديث ، وأن عدم إقرار ذلك يؤول إلى الحد من تطبيق الاشتراط لمصلحة الغير في أهم صورة من صوره العملية ، ألا وهي التأمين على الحياة لمصلحة من سيولد للمشترط من أولاد .

٢٢١ – **آثار الاشتراط لمصلحة الغير** : تتعلق آثار الاشتراط لمصلحة الغير بثلاثة أشخاص هم : المشترط والمتعهد والمنتفع .

لذلك وجب علينا أن نبحث في هذه الآثار من ثلاث جهات :

الجهة الأولى : علاقة المشترط بالمتعهد .

الجهة الثانية : علاقة المشترط بالمنتفع .

الجهة الثالثة : علاقة المتعهد بالمنتفع .

٢٢٢ – **علاقة المشترط بالمتعهد** : (آ) المشترط والمتعهد هما طرفا العقد الذي ورد فيه الاشتراط . لذلك فإن هذا العقد هو الذي يحكم العلاقة بينهما وهو الذي تصرف اليهما آثاره إلا ما يتعلق بالحق المشترط لمصلحة الغير .

---

٤٤ راجع المادة ١٥٦ من القانون المدني المصري والمادة ١٥٧ من القانون المدني السوري .

فهكذا ، لو عقد الأب تأميناً على حياته لمصلحته ومصلحة زوجه وأولاده ، يلتزم هو بدفع أقساط التأمين في مواعيدها ، كما تلتزم شركة التأمين بأن تدفع له المبلغ المتفق عليه إذا بقي حياً إلى الأجل المعين في العقد ، أو أن تدفعه لزوجه وأولاده إذا ما توفي قبل ذلك .

وهكذا أيضاً ، لكل من طرفي العقد التمسك ببطلانه أو إبطاله إذا وجد ما يبرر ذلك ، كما له التذرع بانقضاء الالتزامات التعاقدية إذا ما انقضت لسبب من الأسباب .

وإذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزاماته ، جاز للآخر ، تطبيقاً للقواعد العامة ، أن يطالب بالتنفيذ العيني إذا كان ممكناً ، أو بفسخ العقد مع التعويض عند الاقتضاء .

(ب) وبما للمشترط من مصلحة شخصية يتوقف عليها ، كما رأينا ، قيام الاشتراط لمصلحة الغير[٤٥] ، يستطيع المشترط مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع ومراقبة هذا التنفيذ . فإن أخل المتعهد بالتزامه ، جاز للمشترط أن يرفع باسمه دعوى مباشرة بذلك ، كما جاز له وقف تنفيذ ما أخذه على نفسه من التزامات عملاً بأحكام الدفع بعدم التنفيذ .

(ج) بل قد يكون حق المطالبة بالتنفيذ محصوراً بالمشترط وحده بحيث يمتنع على المنتفع ممارسة هذا الحق ، كما إذا اشترطت الحكومة أو البلدية في عقد الاحتكار شروطاً لمصلحة المنتفعين من الجمهور واحتفظت لنفسها وحدها

---

٤٥ راجع نبذة رقم ٢١٨ أعلاه .

بالحـــق في المطالبة بتنفيذ هذه الشروط . وعلى هذا ورد في المادة ٣٤ من قانون الالتزامات والعقود أن للغير الحق في أن يطلب باسمه من الواعد تنفيذ الاشتراط وذلك ما لم يمنعه العقد من مباشرة هذة الدعوى .

(د) وعلى العكس قد يحصر حق المطالبة بالتنفيذ في المنتفع وحده . فإذا تضمن عقد الاشتراط شيئاً من ذلك امتنع على المشترط مداعاة المتعهد . وقد أوضحت المادة ٣٥ هذه الناحية بقولها : « يسوغ لمن اشترط لمصلحة الغير أن يطلب مع هذا الغير تنفيذ الالتزام ما لم يظهر منه أن طلب تنفيذه مقصور على الغير الذي أجري لصالحه » .

٢٢٣ – **علاقة المشترط بالمنتفع** : (آ) نصت المادة ٣٤ على أنــه « يجوز الاشتراط لمصلحة الغير إذا كان سبباً لاتفاق أبرمه معاوضة المشترط نفسه أو سبباً لتبرع ... » .

فمن هذا النص يتضح أن علاقة المشترط بالمنتفع تكون إما من قبيل التبرع وإما من قبيل المعاوضة وذلك تبعاً لقصد المشترط من العقد .

فإن قصد المشترط التبرع ، اعتبر ذلك هبة غير مباشرة منــه إلى المنتفع (الموهوب له) . ولكون الهبة جرت هنا بصورة غير مباشرة فانها لا تخضــع للقواعد الشكلية في الهبة ولا حاجة لتنظيمها بحجة رسمية إذا كان القانون يشترط الرسمية في عقد الهبة[٤٦] ولكنها تبقى خاضعة للقواعد الموضوعية للهبة . ويترتب

---

٤٦ جوسران ، الحقوق المدنيــة الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٢٨٨ صفحـــة ٢٥٠ و ٢٥١ – وكولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ١٣٥ صفحة ١٣٤ .

على ذلك ضرورة توافر أهلية التبرع في المشترط في وقت صدور عقد الاشتراط ، كما يترتب على ذلك إعطاء المشترط حق الرجوع عن الهبة حتى بعد تصريح المنتفع برغبته في الاستفادة من المشارطة ، وذلك وفقاً لقواعد الرجوع عن الهبة في القانون .

وإن قصد المشترط أن يكون الاشتراط من قبيل المعاوضة فتحدد العلاقة بينه وبين المنتفع بحسب الأحوال : فقد يكون غرض المشترط مثلاً اقراض المنتفع بطريق الاشتراط فتسود علاقاتهما أحكام القرض . وقد يكون غرضه وفاء دين عليه للمنتفع فتطبق عليهما في هذه الحالة قواعد انقضاء الالتزام بالوفاء .

(ب) على أنه سواء كانت طبيعة العلاقة بين المشترط والمنتفع علاقة تبرع أم كانت علاقة معاوضة ، فان حق المنتفع في الاستفادة من الاشتراط متوقف على عدم رفضه الاشتراط .

ذلك أن للمنتفع الخيار بين قبول الاشتراط الجاري لمصلحته ، وبين رفض هذا الاشتراط .

١ – فإن أعلن المنتفع رغبته في الاستفادة من الاشتراط استقر حقه نهائياً . والاعلان عن هذه الرغبة لا يخضع لشكل معين ، فيجوز أن يأتي صريحاً أو ضمنياً . ثم هو غير مقيد في وقت معين ، فيستطيع المنتفع أن يظهر رغبته في أي وقت يشاء ضمن حدود مدة التقادم المسقط .

وإذا توفي المنتفع قبل إعلان رغبته ، انتقل حق خياره إلى ورثته ، وحل هؤلاء محله في الرفض أو القبول .

٢ – وإن أعلن المنتفع رفضه الاستفادة من الاشتراط وأخطر المتعهد بهذا

الرفض ، اعتبر الاشتراط كأن لم يكن . وهذا ما قررته الفقرة الأخيرة من المادة ٣٤ بقولها : « ويعتبر الاشتراط كأن لم يكن إذا رفض الغير الذي عقد لصالحه قبوله مبلغاً الواعد هذا الرفض » .

وفي هذه الحالة ينصرف الحق المشروط لمصلحة المنتفع إلى المشترط أو إلى ورثته من بعده ، وذلك من وقت العقد . ويجوز حينئذ للمشترط أن يعين منتفعاً آخر غير الذي رفض . وفي هذه الحالة يثبت الحق للمنتفع الجديد من وقت العقد أيضاً .

٢٢٤ – حق المشترط في نقض الاشتراط : (آ) إن المشرع الفرنسي قرر أن المشترط ليس له أن ينقض الاشتراط إذا ما أعلن المنتفع عن رغبته في الاستفادة منه[٤٧] .

وعليه ، ما دام المنتفع لم يعلن عن مثل هذه الرغبة ، فإن من حق المشترط أن ينقض الاشتراط ، دون أن تترتب عليه أي مسؤولية من جراء ذلك .

والرجوع عن الاشتراط متروك لمحض إرادة المشترط ما لم يكن ثمة التزامات تربطه بالمنتفع وتحول دون هذا الرجوع : فهكذا مثلاً ليس للبائع الذي عهد بالبضاعة المبيعة إلى الناقل مشترطاً تسليمها إلى المشتري ، أن ينقض هذا الاشتراط وإلا كان مسؤولاً إزاء المشتري عن ذلك[٤٨] .

(ب) والقوانين المدنية الحديثة كالقانون المدني المصري[٤٩] والقانون المدني

---

٤٧ راجع المادة ١١٢١ من القانون المدني الفرنسي .

٤٨ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٣١٢ صفحة ١٦٣ .

٤٩ راجع المادة ١٥٥ من القانون المدني المصري .

السوري[٥٠] أقرت صراحة الحق للمشترط في نقض الاشتراط ما دام المنتفع لم يصرح عن قبوله ، هذا طبعاً ما لم يكن النقض مخالفاً لمقتضى العقد المتضمن الاشتراط فيمتنع عندها النقض . فقد ورد في القانونين المذكورين أنه « يجوز للمشترط ... أن ينقض المشارطة قبل أن يصرح المنتفع إلى المتعهد أو المشترط برغبته في الاستفادة منها ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد » .

(ج) أما قانون الالتزامات والعقود المغربي فقد سكت عن الموضوع .

ففي هدي أحكام التشريع المقارن ، وفي ضوء المبادئ العامة ، نرى وجوب التمييز بين حالتين حسبما يكون النقض مخالفاً لمقتضى العقد أم غير مخالف له .

١ – فإذا كان النقض مخالفاً لمقتضى العقد ، كأن يكون حق المنتفع هبة من المشترط في حالة لا يجوز فيها الرجوع عن الهبة كما في حالة الزوجية ، أو كأن يكون المشترط مرتبطاً بالتزامات ازاء المنتفع ، كما في حالة تسليم البائع البضاعة المبيعة إلى ناقل مشترطاً إيصالها إلى المشتري ، فانه يمتنع النقض ، تحت طائلة ترتب المسؤولية على المشترط .

٢ – أما إذا كان النقض لا يخالف مقتضى العقد ، كما في عقد التأمين على الحياة لمصلحة أشخاص معينين ، فاننا لا نرى ما يمنع المشترط من نقض الاشتراط ما دام المنتفع لم يعلن عن رغبته في الاستفادة منه ، إذ أن المنتفع ليس طرفاً في العقد المتضمن الاشتراط لمصلحته ، ولا توجد أي رابطة الزامية بينه وبين المشترط ، وقد نشأ حقه بارادة المشترط المنفردة ، فيستطيع المشترط بارادته المنفردة

---

٥٠ راجع المادة ١٥٦ من القانون المدني السوري .

أن ينقض هذا الحق ما لم يكن المنتفع قد صرح بقبوله الاشتراط فيمتنع حينذاك على المشترط نقض الاشتراط .

٢٢٥ – وحق نقض الاشتراط يجب اعتباره حقاً شخصياً للمشترط بمعنى أنه يرجع إلى اعتبارات يستقل بتقديرها المشترط وحده .

وتطبيقاً لذلك يجمع الفقه في فرنسا على أن الدائنين الذين لهم مبدئياً ممارسة حقوق مدينهم إذا أهمل ممارستها بنفسه ، وذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة ، لا يسوغ لهم نقض الاشتراط باسم مدينهم . كذلك من رأي معظم الفقهاء في فرنسا أن حق نقض الاشتراط لا ينتقل إلى الورثة . فإذا توفي المشترط دون أن ينقض الاشتراط ، ما كان لخلفه العام ممارسة هذا الحق[٥١] . أما الاجتهاد فهو يؤيد موقف الفقه من حيث عدم منح الدائنين ممارسة حق نقض الاشتراط[٥٢] ، ولكنه يخالف موقف الفقه بالنسبة للخلف العام فيميل إلى إقرار مبدأ انتقال حق نقض الاشتراط للورثة ومنح هؤلاء حق النقض الذي كان يتمتع به المورث[٥٣] .

وجدير بالذكر أن التقنينات الحديثة ، كالقانون المدني المصري[٥٤] والقانون

---

٥١ كولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ١٣٣ صفحة ١٣٢– وجوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٣١٣ صفحة ١٦٣ .

٥٢ محكمة استئناف روان قرار ٦ ابريل ١٨٩٥ دالوز ١٨٩٥ – ٢ – ٥٤٥ ، ومحكمة استئناف باريز قرار ١٠ مارس ١٨٩٦ دالوز ١٨٩٦ – ٢ – ٤٦٥ .

٥٣ نقض فرنسي قرار ٢٢ يونيو ١٨٥٩ دالوز ١٨٥٩ – ١ – ٣٨٥ – ونقض فرنسي قرار ٢٧ فبراير ١٨٨٤ دالوز ١٨٨٤ – ١ – ٣٨٩ .

٥٤ راجع المادة ١٥٥ من القانون المدني المصري .

المدني السوري[٥٥] تقر صراحة كون حق نقض الاشتراط حقاً يتعلــق بشخص المشترط وتحصر فيه وحده دون دائنيه أو ورثته ممارسة هذا الحق .

ونحن نرى رأي الفقه الفرنسي المؤيد بموقف التشريعات الحديثة ونقول بحصر ممارسة حق نقض الاشتراط بالمشترط نفسه ودون الورثة ما دمنا اعتبرنا أن حق النقض من الحقوق المتعلقة بشخص المشترط وأن مثل هذه الحقوق يستقل بها صاحبها ، فان لم يمارسها في حياته ، لا يستطيع الورثة ممارستها بعد مماته . يضاف إلى ذلك أن المشرع المغربي لم ينص على منح المشترط نفسه حق نقض الاشتراط ، كما فعل المشرع الفرنسي ، وأنه بات من باب أولى في وضع كهذا الوضع ، أن نحصر بالمشترط وحده حق نقض الاشتراط ولا نوسع حلقة الأشخاص الذين يمنحون هذا الحق .

ولئن كنا قصرنا القول على منع الورثة من ممارسة حق نقض الاشتراط ولم نتطرق للدائنين ، فذلك لأن قانون الالتزامات والعقود المغربي ، خلاف القانون المدني الفرنسي والتقنينين المصري والسوري لا يقر الدعوى غير المباشرة للدائنين وأضحى اذن ممتنعاً عليهم ممارسة حقوق مدينهم حتى لو كانت غير متعلقة بشخصه .

٢٢٦ – علاقة المنتفع بالمتعهد : يكسب المنتفع من العقد المتضمن الاشتراط لمصلحته ، ورغم عدم كونه طرفاً في هذا العقد ، حقاً ذاتياً مباشراً إزاء المتعهد لا يتلقاه من المشترط ، وإنما مصدره عقد الاشتراط .

علينا أن نوضح مختلف هذه النواحي ، ثم علينا أن نتساءل كيف نبرر

---

٥٥ راجع المادة ١٥٦ من القانون المدني السوري .

قانونياً تلقي المنتفع حقاً مباشراً من عقد لم يشترك فيه ، وكيف نفسر هذا الاستثناء لمبدأ نسبية العقود وبمقتضاه ينحصر أثر العقد بالطرفين المتعاقدين دون الغير .

٢٢٧ – **حق المنتفع إزاء المتعهد حق ذاتي مباشر** : إن حق المنتفع إزاء المتعهد هو حق ذاتي يخوله أن يقاضي المتعهد مباشرة لمطالبته بالوفاء بما التزم به ، هذا ما لم يحصر هذا الحق بالمشترط نفسه حيث يمتنع على المنتفع مقاضاة المتعهد ، أو ما لم تعلق مقاضاة المنتفع للمتعهد على شروط معينة حيث يجب أن تتوافر هذه الشروط . وبهذا المعنى ورد في المادة ٣٤ أن « الاشتراط ينتج أثره مباشرة لمصلحة الغير ويكون لهذا الغير الحق في أن يطلب باسمه من الواعد تنفيذه ، وذلك ما لم يمنعه العقد من مباشرة هذه الدعوى أو ما لم تعلق مباشرتها على شروط معينة » .

ويجب لفت النظر إلى أن المنتفع إذا كان له أن يلاحق المتعهد بالتنفيذ ، فليس له ، في حالة عدم قيام المتعهد بهذا التنفيذ ، أن يطالب بفسخ العقد المتضمن الاشتراط لمصلحته ، لأن هذا العقد إنما أُبرم بين المشترط والمتعهد ، فهما وحدهما يستطيعان الادعاء بفسخه لعدم التنفيذ . أما المنتفع فلم يكن طرفاً في العقد المذكور وليس له إذن المطالبة بالفسخ[٥٦] .

٢٢٨ – **المنتفع لا يتلقى حقه من المشترط** : إن المنتفع لا يتلقى حقه من المشترط . وتترتب على ذلك النتائج الهامة التالية :

---

٥٦ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٣٠٧ صفحة ١٦٠ و ١٦١ – وكولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرتسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ١٣٥ صفحة ١٣٤ .

(آ) لا يجوز لدائني المشترط استيفاء ديونهم من حق المنتفع لأن هذا الحق لم يمر في ذمة المشترط المالية ولم يشكل بالتالي عنصراً من عناصر الضمان العام الذي يتمتعون به[٥٧] .

(ب) إذا مات المشترط ، لا يدخل حق المنتفع في تركته . فهكذا مثلاً لو مات الاب الذي أمَّن على حياته لمصلحة أولاده ، فحق أولاده المنتفعين تجاه شركة التأمين حق مباشر يتلقونه منها بصفة أنهم منتفعون لا بصفة أنهم ورثة . فهم يستوفون مبلغ التأمين كاملاً ولو كانت تركة أبيهم مثقلة بالديون[٥٨] . وإذا كان المشترط خص بالاشتراط بعض الورثة دون الآخرين فيعمل بهذا الاشتراط ولا يطبق عليه المبدأ القائل بأن لا وصية لوارث .

وهنا تكمن أهم فوائد التأمين على الحياة .

(ج) أن المنتفع يصبح ، بمجرد الاشتراط لمصلحته ، دائناً للمتعهد ، فيشترك مع سائر دائني هذا المتعهد في الضمان العام المقرر على أمواله ، وله استيفاء دينه من هذه الأموال التي تقسم عند الاقتضاء فيما بين المنتفع وبين بقية الدائنين قسمة الغرماء .

٢٢٩ – حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط : إن حق المنتفع مصدره العقد الذي أبرم فيما بين المشترط والمتعهد والذي تضمن الاشتراط لمصلحة المنتفع . ويترتب على ذلك نتائج عديدة أهمها ما يلي :

---

٥٧ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٣٠٨ صفحة ١٦١ .

٥٨ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٣٠٨ صفحة ١٦١ .

(آ) ينشأ حق المنتفع من وقت عقد الاشتراط وبمجرد التعاقد ، لا من وقت إعلان المنتفع رغبته في الاستفادة من الاشتراط . وعليه إذا ما فقد المتعهد أهليته بعد العقد وقبل إظهار المنتفع رغبته ، فان هذا لا يمنع المنتفع من إظهار هذه الرغبة والتمتع بحقه .

(ب) يثبت حق المنتفع في الحدود التي وردت في عقد الاشتراط . فقد مر معنا أن حق مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه قد يكون محصوراً بالمشترط وحده ، أو بالمنتفع وحده دون قيد أو شرط أو ضمن شروط معينة ، أو قد يكون ممنوحاً للمشترط والمنتفع على حد سواء (الفقرة الثانية من المادة ٣٤ والمادة ٣٥)[٥٩] . وعليه ، إذا كان حق مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه محصوراً بالمشترط وحده ، امتنع على المنتفع مقاضاة المتعهد ؛ وإذا كان هذا الحق ممنوحاً للمنتفع وحده أو للمنتفع والمشترط ، جاز للمنتفع أن يطالب المتعهد بالتنفيذ ، على أن تراعى عند الاقتضاء القيود والشروط التي علّق المشترط على توافرها حق المنتفع بمقاضاة المتعهد .

(ج) يحق للمتعهد أن يتمسك إزاء المنتفع بجميع الدفوع الناشئة عن عقد الاشتراط نفسه : فإذا كان هذا العقد مثلاً باطلاً أو قابلاً للإبطال جاز للمتعهد الادعاء بذلك ، والامتناع بالتالي عن تنفيذ التزاماته إزاء المنتفع إذا ما تقرر البطلان أو الإبطال .

٢٣٠ – التبرير القانوني لتلقي المنتفع حقه : قلنا بأن المنتفع يتلقى

---

٥٩ راجع نبذة رقم ٢٢٢ ونبذة رقم ٢٢٧ أعلاه .

حقه من العقد المتضمن الاشتراط رغم أنه لم يكن طرفاً في هذا العقد . فكيف نبرر ذلك من الوجهة القانونية ، وكيف نفسر هذه الوضعية الحقوقية التي تجعل آثار العقد تتعدى حلقة المتعاقدين بخلاف ما يقضي به مبدأ نسبية العقد .

لقد اختلف الفقهاء في الجواب على هذا السؤال واعتمدوا عدة نظريات أهمها نظرية الايجاب (théorie de l'offre) ، ونظرية الفضالة (théorie de la gestion d'affaires) ونظرية الحق المباشر (théorie du droit direct)[٦٠] .

٢٣١ – (آ) **نظرية الايجاب** : إن هذه النظرية التي كان نادى بها الفقيه الفرنسي لوران (Laurent) والتي لقيت قديمـاً بعض الصدى لدى القضاء[٦١] تقوم على القول بأن المشترط ، كصاحب بوليصة التأمين على الحياة مثلاً ، إنما يشترط لنفسه ، وشركة التأمين إنما تلتزم إزاءه ، والحقوق الناجمة عن عقـد التأمين إنما تنشأ في الذمة المالية للمشترط . ثم بعد ذلك يعرض المشترط على الغير بأن ينقل اليه الحقوق المتولدة عن عقد التأمين ليصبح هذا الغير المستفيد من العملية . فإذا ما قبل الغير الإيجاب الذي وجه إليه ، فان عقداً ثانياً يبرم

---

٦٠ كولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ١٣١ صفحة ١٢٩ إلى ١٣١ – وجوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة ٢٩٧ إلى ٣٠٤ صفحة ١٥٦ إلى ١٥٩ .

٦١ نقض فرنسي قرار ٢ مارس ١٨٨١ دالوز – ١ – ٤٠١ ، ومحكمة استئناف روان قرار ٢٩ مايو ١٨٩٧ دالوز ١٨٩٨ – ٢ – ٢٨٩ ، ومحكمة استئناف بوزانسون قرار ١١ نوفمبر ١٨٩٨ دالوز ١٨٩٩ – ٢ – ٨١ .

فيما بين المشترط والمنتفع ينقل بمقتضاه المشترط الحقوق الناجمة عن العقد الأول – وهو عقد التأمين – إلى المنتفع الذي يضحي هو صاحبُ الحق مكان المشترط .

ولكن هذه النظرية قد هجرها اليوم الفقه والاجتهاد لأنها غير صحيحة ، ولأن النتائج التي تترتب عليها تخالف إرادة المتعاقدين ولا تتفق والغرض الذي قصداه من الاشتراط .

فلو أننا اتبعنا هذه النظرية ، لوجب علينا التسليم بأن حق المنتفع لا ينشأ إلا بقبوله الايجاب الذي وجه إليه . أما قبل ذلك فنحن أمام إيجاب ليس إلا ، والايجاب يسقط ، على ما نعلم ، بموت الموجب . فمثل هذه النتيجة غير مقبولة إطلاقاً ، ولا سيما بالنسبة للتأمين على الحياة الذي يصبح مجرداً من كل أثر ، نظراً لأن الغير الذي جرى الاشتراط لمصلحته في عقد التأمين لا يطلب منه عادة قبول الاشتراط ، إلا بعد وفاة المؤمن له ، أي في وقت يكون فيه الإيجاب قد سقط .

ثم إن نظرية الايجاب يتحتم معها بأن لا يدخل حق المنتفع في ذمته المالية إلا عبر الذمة المالية للمشترط . وفي هذا تهديد لكيان هذا الحق وضرر فادح يمكن أن يصيب المنتفع : ذلك أن المشترط قد يقع في حالة إعسار فيهرع دائنوه للمطالبة باستيفاء دينهم من الحق الذي تولد عن الاشتراط ، ويقاسموا المنتفع هذا الحق مقاسمة الغرماء .

يضاف إلى ذلك أن نظرية الايجاب تخالف منطوق النصوص القانونية التي تمنع مبدئياً أن يلزم أحد غيره أو أن يشترط لصالحه ، ثم تجيز على سبيل الاستثناء

الاشتراط لمصلحة الغير . فهذا الجواز الاستثنائي يعني بالضرورة أن حق المنتفع ينشأ على خلاف الأصل عن عقد الاشتراط الذي أبرمه المشترط والمتعهد ، وإلا لما كان للاشتراط لمصلحة الغير أي معنى استثنائي لقاعدة نسبية العقد ، ما دام أن نظرية الايجاب تقوم على عقدين متعاقبين مختلفين ، أحدهما يربط المشترط بالمتعهد ، والثاني المشترط بالمنتفع .

٢٣٢ – **(ب) نظرية الفضالة** : رأى بعض الفقهاء ومنهم « لابي » (labbé) و« دومولومب » (Demolombe) و« بلانيول » (planiol) أن الاشتراط لمصلحة الغير هو من متعلقات الفضالة : فالمشترط في نظرهم عندما يتعاقد مع المتعهد إنما يعمل لحساب المنتفع لا لحساب نفسه ، ويدير مصالح الغير لا مصالحه الشخصية . وما قبول الغير الذي يتطلبه القانون لينتج الاشتراط أثره النهائي إلا بمثابة إقرار رب العمل لأعمال الفضولي . لذا كان لقبول الغير أثر رجعي ينسحب إلى اليوم الذي أبرم فيه العقد بين المشترط والمتعهد ، وترتب عليه اعتبار المنتفع متعاقداً مباشرة مع المتعهد ، إذ من المبادئ العامة أن الاقرار يقلب الفضالة إلى وكالة .

لا ريب أن لهذه النظرية محاسنها من حيث أن حقوق المنتفع تضحي معها أقوى وأمنع مما كانت عليه في نظرية الايجاب : ذلك أن إقرار عمل الفضولي يمكن أن يحصل حتى بعد وفاته ، هذا من جهة ، ومن جهة ثانية ، فان الحقوق الناجمة عن العقد المتضمن الاشتراط لا تمر بالذمة المالية للمشترط ، بل هي تنشأ فوراً في الذمة المالية للمنتفع .

ولكن بالرغم من ذلك ، لم يكتب النجاح لهذه النظرية ، ولم يطبقها القضاء

قط : ذلك أن الفضالة والاشتراط موضوعان يختلفان عن بعضهما كل الاختلاف . فالفضولي هو وسيط ليس إلا ، ويعمل لحساب غيره ، بينما المشترط يعمل لحساب نفسه . وهذا ما يفسر أنه يبقى سيد الموقف ، ما دام المنتفع لم يصرح بقبوله الاشتراط ، ويظل باستطاعته ، حتى صدور هذا القبول ، أن ينقض الاشتراط . ثم إن المنتفع لا يستطيع أن يطلب من المشترط تقديم حساب له لأن أي التزام لا يربط المشترط بالمنتفع ، بينما يستطيع رب العمل أن يطلب حساباً من الفضولي ، كما يستطيع الفضولي أن يطالب المشترط بأن يرد اليه النفقات الضرورية والنافعة .

يضاف إلى ذلك أن الاشتراط لمصلحة الغير ، لو كان تطبيقاً من تطبيقات الفضالة لما منع المشرع مبدئياً أن يشترط الإنسان لصالح غيره ، وحصر الاشتراط على وجه استثنائي في حالات خاصة .

٢٣٣ – (ج) **نظرية الحق المباشر** : القائلون بهذه النظرية يرون بأن العقد المتضمن الاشتراط يتجاوز أثره حلقة الطرفين المتعاقدين وينشيء حقاً مباشراً لشخص لم يكن طرفاً في العقد هو المنتفع . فالمتعهد إلى جانب التزامه التعاقدي إزاء المشترط ، واستثناء من قاعدة نسبية العقد ، يلتزم أيضاً إزاء المنتفع . والتزامه هذا إزاء المنتفع مبعثه الارادة المنفردة . وهكذا لا يتوقف ثبوت الحق للمنتفع على قبوله . فحقه قد نشأ وقت إبرام العقد بين المشترط والمتعهد ، وقبول المنتفع بالاشتراط ينحصر أثره في إكساء هذا الاشتراط مناعة تجعله غير قابل للنقض من قبل المشترط الذي يتمتع ، كما نعلم ، بحق نقض الاشتراط ما دام المنتفع لم يصرح بقبوله به .

ونظرية الحق المباشر يقول بها اليوم معظم الفقهاء نخص بالذكر منهم كولان وكابيتان «(colin et capitant) و « لامبير » (lambert) و « جوسران » (Josserand) ، وهي المعول عليها في الاجتهاد[٦٣] .

الفرع الثالث

الصورية

٢٣٤ – تعريف وإيضاح : الصورية (simulation) في معناها الواسع تفيد إظهار وضع وهمي بمظهر الوضع الحقيقي .

والصورية ، اصطلاحاً ، هي توافق إرادتين على إخفاء ما اتفقا عليه سراً تحت ستار عقد ظاهر لا ترضيان بحكمه . فالعقد الصوري إذن هو عقد ينظمه الطرفان ذراً للرماد في أعين الغير ، ويتفقان في الخفاء على تعطيل كل أو بعض آثاره ، بمقتضى عقد مستتر (acte clandestin) يسمى ورقة الضد (contre-lettre) يضمنانه حقيقة ما أراداه ورضيا به . مثال ذلك أن يظهر زيد أنه باع من عمرو عقاراً له ، ثم ينظم الفريقان صكاً فيما بينهما يعترف فيه عمرو بوهمية البيع . مثال ذلك أيضاً أن يذكر البائع والمشتري ثمناً ضئيلاً في صك البيع المنظم في العلانية ، ويحددان الثمن الحقيقي في صك مستتر .

وقد عرض المشرع المغربي للصورية في المادة ٢٢ حيث نص على أن « أوراق

---

٦٣ نقض فرنسي قرار ٨ ابريل ١٨٩٥ دالوز ١٨٩٥ – ١ – ٤٤١ ، ونقض فرنسي قرار ١٩ نوفبر ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٨ – ١ – ١٢٩ .

الضد أو غيرها من التصريحات المكتوبة لا يكون لها أثر إلا فيما بين المتعاقدين وورثتهما ، فلا يحتج بها على الغير إذا كانوا لم يعلموا بها . ويعتبر الخلف الخاص غيراً بالنسبة لأحكام هذه المادة » .

٢٣٥ – **مختلف أنواع الصورية** : الصورية على نوعين : صورية مطلقة وصورية نسبية .

(آ) يقال عن الصورية إنها مطلقة (simulation absolue)أو يقال عن العقد الظاهر إنه وهمي (acte fictif) عندما تكون الصورية في أصل العقد أي عندما يكون العقد المنظم في السر قد عطل كل أثر للعقد المنظم في العلانية .

(ب) ويقال عن الصورية إنها نسبية (simulation relative) عندما تكون مقتصرة على إخفاء ماهية العقد ، أو شرط من شروطه ، أو شخص أحد المتعاقدين .

١ – فقد تقتصر الصورية النسبية على ماهية العقد الحقيقي وإظهاره في شكل عقد من نوع آخر كما في بيع حصة شائعة في عقار يتخذ في الظاهر شكل الهبة لمنع الشفيع من أخذ الحصة المتصرف فيها بالشفعة .

٢ – وقد تقتصر على إخفاء شرط من شروط العقد ، كما لو تواضع البائع والمشتري في العقد الظاهر على ثمن أقل من الثمن المتعاقد عليه حقيقة في السر للحط من رسوم الفراغ المترتب للخزينة العامة .

٣ – وقد تكون الصورية النسبية مقتصرة على إخفاء شخص أحد

المتعاقدين ، كما في التعاقد بطريق الاسم المستعار (prête-nom) ، كأن يكلف زيد عمرواً بشراء شيء باسمه ، حتى إذا تم الشراء ، عمد عمرو إلى نقل ملكية الشيء إلى صاحبه الحقيقي زيد .

٢٣٦ – **آثار الصورية** : الصورية بحد ذاتها عمل مشروع ينتج آثاراً قانونية . ولكن هذه الآثار تختلف بالنسبة للمتعاقدين عما هي عليه بالنسبة للغير .

٢٣٧ – **آثار الصورية بين المتعاقدين** : العبرة بين المتعاقدين للعقد المستتر وحده كما نصت على ذلك صراحة المادة ٢٢ بقولها : « أوراق الضد لا يكون لها أثر إلا فيما بين المتعاقدين » . ذلك أن العقد الظاهر كان في نية المتعاقدين شكلياً لا قيمة قانونية له في الحقيقة ، فمن الواجب إذن إهماله . أما العقد المستتر فقد كان هو ما يقصده المتعاقدان فيجب إذن إعمال هذا العقد وتقييد الطرفين بأحكامه .

ولا يختلف حكم الخلف العام عن حكم المتعاقد نفسه . فالخلف العام تتمثل فيه شخصية المتعاقد المتوفى ، والعقد الذي يسري بحقه هو العقد الحقيقي المستتر لا العقد الظاهر . وهذا ما أعلنته المادة ٢٢ صراحة إذ قالت : « إن أوراق الضد يكون لها أثر فيما بين المتعاقدين وورثتيهما » .

٢٣٨ – **آثار الصورية بالنسبة للغير** : تختلف آثار الصورية بالنسبة للغير بين الحالة التي يكون فيها الغير حسن النية أي غير عالم بالعقد المستتر ، وبين الحالة التي يكون فيها الغير سيء النية .

وقبل عرض هذه الآثار ، يحسن بنا بيان مدلول الغير في حقل الصورية .

٢٣٩ - (آ) **مدلول الغير** : الغير ، في حقل الصورية ، لا يقصد به الأشخاص الذين لا تربطهم أي صلة إلزامية بالمتعاقدين والذين بقوا غريبين عن العقد فلم يكونوا أحد طرفيه و لم يكونوا ممثلين فيه . بل إن مدلول الغير هنا أوسع من ذلك إذ هو يشمل علاوة على هذه الفئة من الغير بالمعنى الصحيح الضيق الأشخاص الآتي بيانها :

١ - خلف المتعاقدين الخاص .كالمشتري أو الموهوب له أو المرتهن الذي كان يلزم بأحكام العقد[٦٤] لو لم يتخذ شكلاً مستتراً .

٢ - الدائنون العاديون الذين رغم تأثرهم بصورة غير مباشرة بالعقود التي يبرمها المدين[٦٥] يصبحون بحكم الغير إزاء ما يكون تم منها بطريق الصورية .

٢٤٠ - (ب) **الغير حسن النية** : إذا كان الغير حسن النية ، فله أن يتمسك بالعقد الظاهر وأن يطالب بالحقوق التي تنتج عنه كما لو كان العقد المستتر لا وجود له . لهذا أعلن المشرع المغربي في المادة ٢٢ أن أوراق الضد لا يحتج بها على الغير « إذا كانوا لم يعلموا بها » . على أن من حق الغير ، إذا ما كانت له مصلحة في ذلك ، أن يثبت الصورية ويستفيد من العقد المستتر ، كما لو كان مثلاً عقد الايجار الحقيقي المنظم بين مدينه وبين المستأجر يتضمن أجراً أعلى من الأجر المصرح به في عقد الايجار الظاهر ، حيث يسوغ له التمسك بالأجر الحقيقي .

---

٦٤ راجع نبذة رقم ٢٠٥ أعلاه .

٦٥ راجع نبذة رقم ٢٠٦ أعلاه .

فللغير حسن النية ، عند تحقق الصورية ، الخيار إذن بين التمسك بالعقد الظاهر ، وبين إثبات الصورية والتمسك بالعقد المستتر .

٢٤١ – (ج) **الغير سيء النية** : إذا كان الغير سيء النية ، أي إذا كان قد تعاقد مع أحد طرفي العقد الصوري مع علمه بالصورية ، فأحكام العقد الخفي هي التي تسري عليه .

ومن البديهي أن الأصل حسن النية (المادة ٤٧٧) ، وأن المفروض بالغير أنه يجهل حدوث المواضعة . فعلى من يرغب الإدلاء بسوء نية الغير لمنعه من التمسك بالعقد الظاهر ، أن يثبت إذن أن الغير كان عالماً بوجود الصورية .

٢٤٢ – **أفضلية من يتمسك بالعقد الظاهر عند تعارض مصالح الغير** : حق الخيار الممنوح للغير حسن النية من شأنه أن يفضي إلى نزاع فيما بينهم . فقد تقضي مصلحة البعض منهم بالتمسك بالعقد الظاهر ، بينما تقضي مصلحة البعض الآخر بالتمسك بالعقد المستتر . ولا يمكن بالطبع إعمال العقدين معاً .

حل المعضلة يكون على صورتين : إما أن تعطى الأفضلية للعقد المستتر لأن هذا العقد تضمن إرادة المتعاقدين الحقيقية – وهو حل يحتمه مبدأ احترام إرادة المتعاقدين – وعندها ترجح كفة الغير الذي يدلي بالعقد المستتر ، وإما على العكس تعطى الأفضلية للعقد الظاهر لأن هذا العقد وحده علم بأمره الغير – وهو حل تفرضه الحماية المتوجبة لمن وثق عن حسن نية في الظواهر – وعندها ترجح كفة الغير الذي يدلي بالعقد الظاهر .

ففي فرنسا بعد أن انقسم الفقه والقضاء بين الحلين أجمعت الكلمة في نهاية

الأمر على نبذ الحل الأول والاخذ بالحل الثاني الذي كان يدافع عنه منذ البداية القسم الأكبر من الفقهاء[٦٦] .

وفي مصر كان الفقهاء ، قبل صدور القانون المدني الحديث ، يؤيدون الحل الثاني ويقولون إذن بترجيح الغير الذي يدلي بالعقد الظاهر[٦٧] .

وقد أخذت التقنينات الحديثة كالقانون المدني المصري[٦٨] والقانون المدني السوري[٦٩] بهذا الحل أيضاً وقررت أنه « إذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك بعضهم في العقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين » .

---

٦٦ راجع إلى جانب الرأي الأول لوران ، مبادئ الحقوق المدنية ، الجزء ١٦ نبذة رقم ٤٩٩ – ومحكمة استئناف باريز قرار ٣ يونيو ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٨ – ٢ – ١٢٩ – ونقض فرنسي قرار ٢٥ يناير ١٨٤٧ دالوز ١٨٤٧ – ١ – ٣٤٢ .
وراجع إلى جانب الرأي الثاني اوبري ورو ، دروس في الحقوق المدنية ، الجزء ٤ صفحة ٢٤٢ وبلانيول وريبيير ، موسوعة الحقوق المدنية ، الجزء ٤ نبذة رقم ٣٣٩ صفحة ٤٦٧ و ٤٦٨ – ودوموغ ، موسوعة الالتزامات بصورة عامة الجزء ١ نبذة رقم ١٦٣ صفحة ٢٦٧ – وبلانيول ، موسوعة الحقوق المدنية ، الجزء ٢ نبذة رقم ١١٩٩ – ومحكمة استئناف ليموج قرار ١٤ اكتوبر ١٩١٠ دالوز ١٩١١ – ٢ – ٢٩٣ – ومحكمة استئناف اورليان قرار ١٠ فبراير ١٨٧٦ دالوز ٧٧–٢–١١٣–ونقض فرنسي قرار ٢ فبراير ١٨٥٢ دالوز ٥٢ – ١ – ٤٩ – وقرار ٢٠ يوليوز ١٩١٠ دالوز ١٩١٠ – ١ – ٣٩٢ – وقرار ١٣ نوفمبر ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ – ١ – ٤٣٣ .

٦٧ راجع محمد صلاح أُصول التعهدات نبذة رقم ٣١٥ صفحة ٢٧٤ – وعبد الرزاق أحمد السنهوري ، النظرية العامة للالتزامات ، الجزء ١ نبذة رقم ٧٥٧ صفحة ٨٤١.

٦٨ راجع المادة ٢٤٤ من القانون المدني المصري .

٦٩ راجع المادة ٢٤٥ من القانون المدني السوري .

ونحن نعتقد أن القضاء في المغرب يحسن صنعاً إذ يتمشى على غرار الفقه والقضاء في فرنسا ويقر ، في حالة تضارب مصالح الغير ، أرجحية من يدلي منهم بالعقد الظاهر ، رغم انتفاء النص ، ولا سيما أن هذا الحل هو السائد في التشريع المقارن .

٢٤٣ - **إثبات الصورية** : يترتب على مَن يدعي وجود الصورية إثبات صحة ادعائه . ولكن طرق الاثبات تختلف بالنسبة للمتعاقدين وخلفهم العام عما هي عليه بالنسبة للغير .

(آ) ففيما يتعلق بالمتعاقدين وخلفهم العام ، لا بد لاثبات الصورية ، في الحـالات التي تزيد فيها قيمة العقد الخطي على ٢٥٠ درهماً من دليل خطي أو على الأقل من مبدأ ثبوت بالكتابة وفقاً لقواعد الاثبات العامة المنصوص عليها في المواد ٤٤٣ و ٤٤٧ من قانون الالتزامات والعقود .

وكذلك هو الأمر في الحالات التي تكون فيها قيمة العقد الصوري أقل من ٢٥٠ درهماً فيما إذا كان العقد الظاهر جرى كتابة وذلك عملاً بالقاعدة الأصولية العامة القائلة بعدم جواز إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي إلا بدليل كتابي (المادة ٤٤٤ من قانون الالتزامات والعقود) .

على أنه يجوز للمتعاقدين وخلفهم العام على سبيل الاستثناء ، إثبات الصورية بالشهادة حتى وبالقرائن ، عندما تستهدف الصورية الاحتيال على القانون ، أو عندما يكون رضاء أحد المتعاقدين صوريا قد انتزع بالإكراه أو التدليس .

(ب) أما فيما يتعلق بالغير ، فإنه يحق له إثبات الصورية بجميع الطرق

الثبوتية وبصورة خاصة بالشهادة والقرائن . ذلك أن الصورية بالنسبة للغير تشكل مجرد واقعة وأنه يمكن اثبات الوقائع بجميع الوسائل . ثم إنه ، لما كان لا يعقل أن ينسب أي اهمال للغير لعدم حصوله على وثيقة خطية من المتعاقدين تثبت إقدامهم على التعاقد صورياً ، فإن المنطق يقضي بتسهيل مهمة الغير وتخويله حق إثبات الصورية بالشهادة والقرائن .

٢٤٣ مكرر : تقادم دعوى الصورية : هل تتقادم دعوى الصورية ؟ في فرنسا اختلف الفقهاء في الجواب على هذا السؤال : ففريق منهم كالاستاذين « بودري وبارد » قالوا بإن دعوى الصورية تخضع للتقادم العادي[٧٠] . وفريق آخر يضم أكثر الفقهاء ومن بينهم « لارومبيير[٧١] ، وكولان وكابيتان[٧٢] ، وجوسران[٧٣] » يقولون بعدم تقادم دعوى الصورية معتبرين أن الزمن ليس من شأنه ، مهما طال أمده ، أن يمنح الوجود لعمل لا وجود له . وفريق ثالث ومنهم « بلانيول وريبير وإسمان »[٧٤] يتبنون حلاً وسطاً يقوم على التوفيق بين النظريتين المتناقضتين السابقتين ويقولون « إن حق إعلان صورية عمل ما لا يتقادم بحد ذاته سواء بالنسبة للمتعاقدين أنفسهم أم بالنسبة للغير ، لأن المقصود من ممارسة

---

٧٠ راجع عبد الرزاق السنهوري ، النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الأول صفحة ٨٥٤ في الهامش رقم ٢ .

٧١ راجع عبد الرزاق السنهوري ، النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الأول صفحة ٨٥٤ في الهامش رقم ٢ .

٧٢ كولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء الثاني صفحة ٢٦٢ .

٧٣ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء الثاني نبذة رقم ٧٠٧ صفحة ٣٨٥ .

٧٤ بلانيول وربيير وإسمان ، الموسوعة العملية للحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء الرابع نبذة رقم ٣٤٥ صفحة ٤٧٣ .

هذا الحق كشف النقاب عن الحقيقة ليس إلا . ولكن دعوى الصورية ما هي سوى وسيلة يرتكز عليها المدعي ليطالب بتعديل الوضع الواقعي القائم ؛ فالمطالبة هذه قد تسقط بالتقادم المسقط أو قد يعترض سبيلها تقادم مكسب يدلي بـه المدعى عليه . فلو كان المدعي مثلاً لا بد له ، حتى يصل إلى الغـاية التي يتوخاها ، من إبطال العقد المستتر ، فإن غايته هذه لن يتثنى له تحقيقها ، بعد ثبوت الصورية ، إلا إذا كان ادعاؤه بالبطلان لما يزل مسموعاً ولما يسقط بالتقادم » .

ومن الملاحظ أن القضاء في كل من لبنان وسورية اعتمد الحل الوسط القائم على التوفيق بين النظرية القائلة بتقادم دعوى الصورية والنظرية القائلة بعدم تقادم هذه الدعوى : ففي لبنان ورد في قرار لمحكمة الاستئناف « أن دعوى إعلان حقيقة العقد هي من الدعاوى التي لا يمر عليها الزمن بحد ذاتها ، إلا أن الحقوق والموجبات التي هي موضوع الدعوى تخضع لمرور الزمن العادي أي عشر سنوات »[٧٥] . وفي سورية قررت محكمة النقض « أن موضوع عدم تقادم الأعمال الوهمية لئن كان محل جدلٍ شديد بين الفقهـاء وكان الاجتهاد فيما مضى قد أخضع هذه الأعمال للتقادم العادي ، في حين أن الاجتهاد الحديث قد سار على الأخذ بعدم تقادم الأعمال المذكورة ، فإنه يجب أن لا يغرب عن البال أن القسمة الوهمية إذا كان لا يسري التقادم عليها ، إلا أنه ليس ما يمنع المتقاسمين من تملك الحصص التي آلت اليهم ووضعوا اليد عليها عن طريق

---

٧٥ محكمة الاستئناف اللبنانية (الغرفة العقارية) قرار رقم ١ تاريخ ١٩٤٣/١/٨ ، النشرة القضائية اللبنانية ، السنة الأولى ، الجزء الأول ، صفحة ٥ .

التقادم المكسب »[٧٦] .

ونحن نعتقد أن النظرية التي أخذ بها القضاء في سورية ولبنان هي النظرية الصواب : فدعوى الصورية التي يقصد منها إحلال العقد المستتر محل العقد الظاهر ، وبالتالي تقرير الحقيقة ، لا يعقل أن تسقط بالتقادم لأن الزمن مهما طال أمده ليس من شأنه أن يؤثر على التصرفات الصورية ويقلبها إلى تصرفات حقيقية . ولكن الحقوق والالتزامات التي هي موضوع دعوى الصورية تخضع للتقادم ، لأن التقادم طريق لاكتساب الحقوق وإسقاطها وأن كون الحق منبعثاً عن عقد مستتر لا يمكن أن يؤثر على طبيعة هذا الحق ويجعله غير قابل للتقادم . فلو أراد الموهوب له مثلاً أن يدعي بصورية الهبة ويثبت أن التصرف الذي اتخذ في الظاهر شكل الهبة إنما يخفي بيعاً في الحقيقة ، كان ادعاؤه غير خاضع للتقادم ومن الجائز سماعه في كل وقت ؛ ولكنه لو أراد الادعاء بضمان العيب بعد انقضاء ٣٦٥ يوماً على تسلمه العقار أو ثلاثين يوماً على تسلمه المنقول أو الحيوان كان ادعاؤه غير مسموع لأن حق المطالبة بضمان العيب يتقادم بعد انقضاء هذه المدد عملاً بالمادة ٥٧٣ من قانون الالتزامات والعقود ، وأن إخفاء البيع بعقد هبة ليس من شأنه أن يعطل مبدأ تقادم الحقوق .

وعلى هذا ، مع تأييدنا لمبدأ عدم تقادم دعوى الصورية بحد ذاتها ، لا بد لنا من التنبيه إلى أن الحقوق والالتزامات التي تنبعث عن هذه الدعوى تتقادم كلٌ وفق القواعد المقررة له .

---

٧٦ محكمة النقض السورية (الغرفة المختلطة) قرار رقم ٣٠٥٢ تاريخ ١١ يناير ١٩٤٤ غير منشور .

٢٤٤ - أثر الحكم المتضمن إعلان الصورية : ما هو أثر الحكم المتضمن إعلان الصورية ؟ هل يكون له مفعول نسبي ينحصر أثره بالمتداعين دون غيرهم . أم يكون له مفعول مطلق يتجاوز حلقة المتداعين ويسري على الغير وخاصة منهم الدائنين ؟

في فرنسا اختلف الفقهاء في الجواب على هذا السؤال : فبعضهم أمثال « لارومبيير » و « بودري وبارد » اعتبروا الحكم المتضمن اعلان الصورية ذا أثر مطلق[٧٧] . والبعض الآخر أمثال « أوبري ورو » و « كولان وكابيتان » ، و « بلانيول وريبير » يتمسكون على العكس بقاعدة نسبية الشيء المقضي ويقولون بوجوب حصر أثر الحكم بالمتداعين دون سواهم[٧٨] .

ومن المفيد لفت النظر إلى أن القضاء في لبنان ، إذ عرض للموضوع، اتبع النظرية القائلة بنسبية الحكم الصادر في دعوى الصورية . فمحكمة الاستئناف قد فسخت حكماً بدائياً لأنه اعتبر الحكم المعلن وهمية التصرف المطعون فيه ذا أثر مطلق وعللت الفسخ بقولها : « إن الحكم الصادر في دعوى الصورية والمتضمن إعلان وهمية التصرف إنما ينحصر أثره بالمدعي وفقاً لقاعدة نسبية القضية المقضية ؛ ومن جهة ثانية من حق الغير ، في حالة التعاقد صورياً ، أن يختار بين التمسك بالعقد الظاهر وبين المطالبة بإبطاله . فلا يسع القاضي إذن إعلان

---

٧٧ لارومبيير الجزء ٢ مادة ١١٦٧ رقم ٦٣ - وبودري وبارد الجزء ١ رقم ٧٣٩ .

٧٨ اوبري ورو دروس في الحقوق المدنية الجزء ٤ رقم ٣١٣ وهامش رقم ٥٢ - وكولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٢٧١ صفحة ٢٦١ - وبلانيول وروبيير ، موسوعة الحقوق المدنية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٩٧٤ .

الصورية إلا بالنسبة للمدعي الذي يطالب بإبطال العقد الظاهر[٧٩] » . وكذلك في معرض الفصل بدعوى اعتراض الغير (أي التعرض من الخارج) على حكم ادعى المعترض أنه مشوب بالصورية ، فان المحكمة إذ فسخت الحكم المعترض عليه وأبطلت الدين المحكوم به في هذا الحكم ، حصرت بالمعترض وحده حق الاستفادة من هذا الإبطال[٨٠] .

ونحن أميل إلى الأخذ بالنظرية القائلة بنسبية الحكم المتضمن إعلان الصورية لأن هذه النظرية ، عدا عن كونها تتفق ومبدأ نسبية الشيء المقضي ، فهي تنسجم ومبدأ احترام حق الغير في التمسك بالعقد الظاهر رغم وجود العقد المستتر ، هذا الحق الذي يجب ألا يحرم منه ذو المصلحة لمجرد أنه طاب لمتعاقد من المتعاقدين أو لشخص آخر استصدار حكم باعلان الصورية .

---

٧٩ محكمة الاستئناف اللبنانية (الغرفة المدنية) قرار رقم ٢٧٣ تاريخ ١٦ نوفمبر ١٩٤٢ ، غير منشور .

٨٠ محكمة الحقوق البدائية في لبنان الشمالي قرار رقم ١٢٩ تاريخ ١٥ ماي ١٩٣٩ ، مجلة المحامي عام ١٩٣٩ القسم الثاني صفحة ٩٣ .

البابُ الثاني

الارادَة المنفـرِدَة
أو
التعبـير الصـادِر مِن جَانبٍ وَاحِد

٢٤٥ - **نظرة عامة** : من الأمور المسلم بها أن الشخص يستطيع بإرادته المنفردة أن يسقط حقاً له عن طريق النزول (renonciation) كما يستطيع أن يعترف على نفسه بحق لغيره عن طريق الاقرار (aveu) .

لكن هل يستطيع بإرادته المنفردة أن ينشيء التزاماً في ذمته بحيث تكون الارادة المنفردة كالعقد مصدراً عاماً للالتزام ؟

هذا السؤال محل اختلاف في الفقه القانوني .

ولسوف نعرض أوجه الرأي فيه ، ثم نبين موقف قانون الالتزامات والعقود المغربي منه ، ثم نبحث في صورة هامة من صور الارادة المنفردة التي عنى المشرع بتفصيل أحكامها وهي الوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور .

وعليه سنقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول :

الفصل الأول : هل الارادة المنفردة مصدر عام للالتزام ؟

الفصل الثاني : الارادة المنفردة في قانون الالتزامات والعقود المغربي .

الفصل الثالث : الوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور .

الفصل الأول

هل الارادة المنفردة مصدر عام للالتزام

٢٤٦ – **وجود عدة مذاهب** : اختلف الرأي في الفقه القانوني لمعرفة ما إذا كانت الارادة المنفردة تصلح مصدراً عاماً للالتزام .

ويمكن رد هذه الآراء إلى ثلاثة مذاهب رئيسية : مذهب ينفي أن تكون الارادة المنفردة مصدراً للالتزام، ومذهب يعتبر على العكس أن الارادة المنفردة هي المصدر الرئيسي للالتزام ، ومذهب وسط يحتفظ للعقد بمركز الصدارة كمصدر للالتزام ويعتد إلى جانبه بالارادة المنفردة كمصدر استثنائي للالتزام .

٢٤٧ – **المذهب الأول** : المذهب الأول ، وهو فرنسي الأصل ، ينكر على الارادة المنفردة أن تكون مصدراً للالتزام . فالارادة لا تستطيع تحقيق هذه الغاية إلا إذا اقترنت بإرادة ثانية . وبهذا لا يكون مصدر الالتزام الارادي إلا العقد . وهذا المذهب هو الذي ساد قديماً في فرنسا فقهاً وقضاء . فهكذا ، في معرض إنكار الصفة الالزامية للايجاب ، ورد على لسان بوتييه « أن الموجب يستطيع الرجوع عن إيجابه ما دام لم يقبل من قبل من وجه إليه هذا الايجاب ، إذ لا يمكن أن يكون ثمة التزام دون حق يتمتع به الشخص الذي التزم إزاءه الملتزم . فكما أنني لا أستطيع ، بارادتي المنفردة ، أن أنقل إلى شخص حقاً على أموالي ما لم تسهم إرادته في اكتساب هذا الحق ، كذلك لا أستطيع بوعد

يصدر عني ، أن أمنح لإنسان حقاً أرتبه على نفسي ما لم تسهم إرادته في اكتساب الحق المذكور وذلك بقبوله الوعد الذي صدر عني »[1] .

٢٤٨ – **المذهب الثاني** : المذهب الثاني ، وهو مذهب جرماني الأصل ، يرى عكس المذهب الأول ويعتبر الارادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام . ومن أنصار هذا المذهب الفقهاء « سيجيل » (Siegel) و « جاكوبي » (Jacobi) و « كونتز »[2] (Kuntz). ويقول هؤلاء إن الشخص حر في أن يلزم نفسه بإرادته في حدود القانون . وما تطلب اقتران إرادتي الملتزم وصاحب الحق إلا من بقايا الشكلية القديمة التي يجب أن تتحرر الارادة منها . فقديماً كانت الارادة لا تنتج أثراً قانونياً إلا إذا اقترنت بإشكال ومراسم معقدة . ثم تطور الموقف ، فأصبح توافق الارادتين كافياً لانشاء الالتزام ، وحل مبدأ الرضائية محل الشكلية في العقود . فيجب المضي في التطور إلى نهايته الطبيعية ، فيكتفى بإرادة واحدة لانشاء الالتزام ويصبح رضاء الدائن مطلوباً حتى لا يكسب الحق رغم إرادته . ولكن هذا الرضاء ليس هو الذي ينشيء الالتزام وإنما تنشئه إرادة المدين وحدها .

٢٤٩ – **المذهب الثالث** : المذهب الثالث يقف موقفاً وسطاً بين المذهبين المتطرفين السابقين . فمن مقتضى هذا المذهب الوسط ، يبقى العقد المصدر الأول للالتزام ، ويحتفظ إلى جانبه بالارادة المنفردة كمصدر استثنائي أو ثانوي :

---

١ بوتييه ، الالتزامات ، الجزء ٢ صفحة ٥ ذكره كولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٢٨ صفحة ٢٦ و ٢٧ .

٢ راجع عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام الجزء الأول نبذة رقم ٦٠٥ صفحة ٥٥٠ و ٥٥١ .

فهناك حالات لا يمكن تصحيحها على أساس العقد ولا وسيلة لدفع الحرج في تصويرها إلا على أساس كون الارادة المنفردة مصدراً للالتزام فيها .

وهذا المذهب الوسط هو الذي يعتنقه الفقه الحديث في فرنسا[٣] . وهو الذي يسود في التقنينات الحديثة كالتقنين الألماني[٤] والتقنين الايطالي الجديد[٥] وكل من التقنين المصري والسوري[٦] .

---

٣ كولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ١٧٠ و ١٧١ صفحة ١٥٩ – وجوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٣٩٦ و ٣٩٧ صفحة ٢٠٤ و ٢٠٥ – ودوموغ ، الالتزامات بصورة عامة ، الجزء ١ صفحة ٥١ وما يليها – وبلانيول وربيير وإسمان ، الالتزامات ، الجزء ٦ نبذة رقم ٨ صفحة ٩ وما يليها .

٤ نصت المادة ٣٠٥ من القانون المدني الألماني على انه « لانشاء التزام بمقتضى تصرف قانوني ، وكذلك لتعديل ذلك الالتزام لا بد من غقد يبرم بين ذوي الشأن ما لم ينص القانون على خلاف ذلك » . فبمقتضى هذه المادة يعتبر العقد المصدر العام للالتزام الارادي . ولكن لهذا المبدأ استثناء ينحصر في النصوص التي اعتبرت الارادة المنفردة مصدراً للالتزام كنص المادة ٦٥٧ المتعلقة بالوعد بجائزة ونص المادة ٧٩٣ الخاصة بالسند لحامله .

٥ بعد أن نصت المادة ١٣٧٢ من القانون المدني الايطالي الجديد على أن العقد شريعة المتعاقدين ، أضافت المادة ١٩٨٧ « أما الوعد المنفرد بالقيام بأداء فلا يكون له أثر ملزم في غير الأحوال التي نص عليها القانون » .

٦ ورد في المادة ١٦٢ من القانون المدني المصري والمادة ١٦٣ من القانون المدني السوري ما يلي : « من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم باعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة ، أو دون علم بها .
وإذا لم يعين الواعد أجلاً للقيام بالعمل ، جاز له الرجوع في وعده بإعلان للجمهور ، على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد ... » .

الفصل الثاني

الارادة المنفردة في قانون الالتزامات والعقود

٢٥٠ – الارادة المنفردة تعتبر مصدراً للالتزام بعد العقد : من الرجوع إلى نصوص قانون الالتزامات والعقود يتضح أن الموقف الذي وقفه المشرع المغربي هو موقف الفقه السائد والتشريعات الحديثة . فهو في المادة الأولى اعتبر العقد المصدر الأول للالتزامات واتبعه بالتعبيرات الأخرى عن الارادة قاصداً بذلك الارادة المنفردة . فالارادة المنفردة تعتبر إذن مصدراً للالتزام ولكنها تأتي في المرتبة بعد العقد . ولعل المشرع أراد أن يؤكد على هذه الناحية عندما جعل عنوان الباب الأول من القسم الأول من الكتاب الأول « الالتزامات التي تنشأ من الاتفاقات والتعبيرات الأخرى عن الإرادة » حيث أحل الاتفاقات المركز الأول .

ففي ضوء قانون الالتزامات والعقود يمكننا القول إذن إن الارادة المنفردة تعتبر مصدراً للالتزام ، ولكنها لا ترقى إلى مرتبة العقد : فالعقد يبقى المصدر الأصلي للالتزامات وتعتبر الإرادة المنفردة مصدراً استثنائياً أو ثانوياً إلى جانبه .

٢٥١ – تطبيق قواعد العقد على التصرف الناشئ عن الارادة المنفردة :

(آ) من المجمع عليه أن تصرف الارادة المنفردة تطبق عليه الأحكام العامة للعقد سوى ما هو من مستلزمات وجود إرادتين مما يتنافى مع طبيعة التصرف الناشئ عن الارادة المنفردة .

(ب) وعليه لا بد لقيام الالتزام الناشئ عن إرادة منفردة من أن تتوافر فيه الاركان التالية المنصوص عليها في المادة الثانية من قانون الالتزامات والعقود وهي :

أولاً – أهلية الالتزام .

ثانياً – تعبير صحيح عن الارادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام .

ثالثاً – شيء محقق يصلح لأن يكون محلاً للالتزام .

رابعاً – سبب مشروع للالتزام .

(ج) ثم لا بد لصحته من أن تكون إرادة الملتزم سليمة خالية من عيوب الرضى لافتين النظر إلى أن الشرائط القانونية التي يجب توافرها في عيوب الرضى لتكون مسوغة لإبطال العقد يسقط منها ما يتنافى في اشتراطه مع طبيعة الارادة المنفردة : فقد مر معنا مثلاً أن الغلط الذي يعيب الارادة في الحقل التعاقدي يشترط فيه كي يكون سبباً لإبطال العقد ، أن يكون مشتركاً[1] أما الغلط الذي يقع فيه المتصرف بالارادة المنفردة فلا يشترط فيه شيء من ذلك .

(د) أما فيما يتعلق بالوقت الذي ينعقد فيه التصرف الناجم عن الارادة المنفردة فيجب التفرقة بين حالتين ، حسبما يكون التعبير عن الارادة المنفردة موجهاً للجمهور أو يكون موجهاً لشخص معين .

ففي الحالة الأولى ، كما في الوعد بجائزة الموجه للجمهور ، ينعقد التصرف

---

١ - راجع نبذة رقم ٥٩ ونبذة ٦١ أعلاه .

وينتج آثاره من وقت صدور التعبير .

وفي الحالة الثانية ، كما في الايجاب الملزم ، وهو الذي يجب إعلانه لشخص معين حتى يتحقق أثره القانوني ، فإن التصرف ينعقد في الوقت الذي يصل فيه التعبير عن الارادة إلى علم من وجه اليه . وهذا ما قررته المادة ١٨ من قانون الالتزامات والعقود بقولها : « الالتزامات الصادرة من طرف واحد تلزم من صدرت منه بمجرد وصولها إلى علم الملتزم له » .

٢٥٢ – **أهم أنواع الالتزامات الناشئة عن إرادة منفردة** : وردت ، في أماكن مختلفة في قانون الالتزامات والعقود أو في غيره من التقنينات ، أنواع من الالتزامات الناشئة عن الارادة المنفردة . ومن أهمها الأنواع التالية :

(آ) الايجاب الملزم الذي نصت عليه المادة ٢٩ من قانون الالتزامات والعقود حيث نرى مصدر الالتزام فيه إرادة الموجب المنفردة .

(ب) التزام المتعهد إزاء المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير ، حيث المذهب الراجح فقهاً واجتهاداً يعتبر أن المتعهد ، إلى جانب التزامه التعاقدي قبل المشترط ، يلتزم أيضاً بارادته المنفردة إزاء المنتفع[٢] .

(ج) الوصية وهي تصرف من الشخص في ماله مضاف إلى ما بعد موته . فهي تنشأ بإرادة الموصي المنفردة .

(د) الوقف وهو « حبس أموال أوقفها الواقف المسلم ويكون التمتع بها

---

٢ راجع نبذة رقم ٢٣٣ أعلاه .

لفائدة أنواع المستفيدين الذين عينهم الواقف) (المادة ٧٣ من ظهير ١٩ رجب ١٣٣٣ بشأن التشريع المطبق على العقارات المحفظة) . فمن المقرر في فقه الشريعة الإسلامية التي هي مرجع الحكم في ذلك ، أن الوقف يتم ويأخذ حكمه بمجرد تعبير الواقف بقوله وقفت من أموالي كذا على كذا . فهو إذن من تصرفات الارادة المنفردة .

(هـ) السندات للأمر أو لحاملها في القانون التجاري . فالموقع على مثل هذه السندات يرتبط بمشيئته المنفردة تجاه شخص لن يعين إلا فيما بعد ، هو آخر شخص يظهر اليه السند للأمر أو آخر حامل للسند لحامله .

(و) الوعد بجائزة إلى الجمهور الذي عرض له المشرع في البحث الذي خصه للارادة المنفردة ، والذي سنتناول أحكامه في الفصل التالي .

الفصل الثالث

الوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور

٢٥٣ - تعريف وإيضاح : يمكن تعريف الوعد بجائزة بأنه « إعلان موجه للجمهور يتضمن التزاماً باعطاء جائزة على عمل يقوم به شخص غير معين بذاته » . ومن الأمثلة على ذلك أن يوجه شخص خطاباً إلى الجمهور يعد فيه بتقديم جائزة محددة لمن يعثر على شيء مفقود ، أو لمن يكشف معلومات عن جريمة ارتكبت ، أو يقبض على فاعلها الهارب ، أو لمن يكتشف دواء شافياً لمرض عضال ، أو لمن ينظم أحسن خريطة لبناء معين ، أو يقدم أفضل بحث في موضوع علمي .

وقد عرض المشرع للوعد بجائزة في المواد ١٥ و ١٦ و ١٧ حيث عين شروطه ، وأوضح آثاره . ونحن سنتكلم في شروط الوعد بالجائزة ثم في آثاره . ولكن يحسن بنا قبل ذلك أن نحلل ماهيته ونبين خصائصه .

وعليه سنقسم هذا الفصل إلى ثلاثة فروع :

الفرع الأول : ماهية الوعد بجائزة وخصائصه .

الفرع الثاني : شروط الوعد بجائزة .

الفرع الثالث : آثار الوعد بجائزة .

الفرع الأول

ماهية الوعد بجائزة وخصائصه

٢٥٤ – **ماهية الوعد بجائزة** : اختلفت الانظار القانونية في تحليل ماهية الوعد بجائزة وتحديد طبيعته : هل هو معاوضة أم هو تبرع .

والنظر الأصح أنه ليس تبرعاً دائماً ولا معاوضة دائماً بل تختلف طبيعته بحسب الأحوال :

(آ) فهو معاوضة ، إذا كان النشاط الذي يبذله الغير لاستحقاق الجائزة تعود فائدته على الواعد ، كما في الوعد بجائزة لمن يعثر على شيء مفقود ، أو لمن يقترح أجمل اسم يؤدي غرض الدعاية لفندق أو محل تجاري . فالواعد هنا يجني فائدة مقابل الجائزة التي يقدمها : فهو يسترد شيئه المفقود أو يحصل على أحسن اسم لفندقه أو محله التجاري .

(ب) وهو تبرع إذا كان النشاط الذي يبذله الغير لاستحقاق الجائزة تعود فائدته عليه وحده دون الواعد، كالاعلان عن وعد بجائزة لمن يقدم أفضل بحث علمي في موضوع معين ، أو لمن يكون محصوله الزراعي أوفر من غيره . فالواعد هنا يقدم الجائزة دون مقابل يحصل عليه ، إذ أن فائدة البحث العلمي أو المحصول الزراعي تعود على من كانت الجائزة من نصيبه .

٢٥٥ – **خصائص الوعد بجائزة** : يتميز الوعد بجائزة بالخصائص التالية :

(آ) الوعد بجائزة هو تعبير موجه إلى شخص غير معين من الجمهور . أما الوعد الموجه إلى شخص معين ، فهو يشكل إيجاباً يحتاج إلى قبول من وجه إليه ليصبح عقداً يكون هو مصدر الالتزام .

(ب) الوعد بجائزة ، متى صدر مستوفياً شروطه ، لا يحتاج انعقاده إلى أي تعبير يصدر من شخص آخر . وبهذا يختلف الوعد بجائزة عن الايجاب الموجه إلى الجمهور من حيث أن مثل هذا الايجاب يعتبر عنصراً في تكوين عقد لا يتم إلا بقبول شخص آخر من ذلك الجمهور ، كما في عرض موجه إلى الناس عن اجرة ركوب في قطار أو باخرة أو في ثمن بضاعة معينة لمن يرغب في شرائها .

فالوعد بجائزة يعتبر تصرفاً قانونياً كاملاً في ذاته ؛ أما الايجاب الموجه إلى الجمهور فهو مجرد تعبير عن إرادة في موضوع يحتاج إتمامه إلى اتفاق ارادتين .

(ج) الوعد بجائزة هو من نوع التعابير الملقاة (déclaration non réceptice) أي التي تنتج أثرها القانوني بمجرد صدورها عن صاحبها ودون اشتراط وصولها إلى علم من وجهت اليه ، وليس هو من التعابير المتلقاة (déclaration réceptice) أي التي لا تأخذ حكمها إلا إذا وصلت إلى علم الشخص الذي وجهت اليه كما في عزل الوكيل أو في الايجاب الملزم .

فالوعد بجائزة يلزم الواعد بمجرد صدوره عنه ؛ لذلك يكون من قام بالعمل بعد توجيه الوعد بالجائزة مستحقاً لها ولو قام بعمله دون علم بالجائزة . أما العزل الصادر عن الموكل ، أو الإيجاب الملزم الصادر عن الموجب ، فلا ينتج أثره ،

ولا يكون ملزماً ، إلا منذ أخذ الوكيل علماً بالعزل (المادة ٩٣٢ من قانون الالتزامات والعقود) ، أو منذ وصول الايجاب إلى من كان موجها إليه (المادة ١٨ من قانون الالتزامات والعقود) .

الفرع الثاني

شروط الوعد بجائزة

٢٥٦ – عرضت المادة ١٥ من قانون الالتزامات والعقود لشروط الوعد بجائزة فقالت : « الوعد عن طريق الاعلانات أو أية وسيلة أُخرى من وسائل الاشهار بمنح جائزة لمن يعثر على شيء ضائع أو يقوم بأي عمل آخر ، يعتبر مقبولاً ممن يأتي بالشيء أو يقوم بالعمل ولو فعل ذلك وهو جاهل الوعد . وفي هذه الحالة يلتزم الواعد من جانبه بانجاز ما وعد به » .

ففي ضوء هذا النص ، يتطلب الوعد بجائزة توافر الشروط التالية :

الشرط الأول : يجب أن تصدر من الواعد إرادة جدية بقصد الالتزام . فالشخص الذي يعلن مثلاً عن جائزة لمن يكشف عيباً في بضاعة يصنعها أو يبيعها ، لا تكون إرادته في هذا الوعد إرادة جدية صالحة لأن تنشئ التزاماً في ذمته . فهو لم يقصد أن يلتزم ولا يرغب تحقق العمل الموعود عليه بالجائزة ، وإنما هو يبغي الاعلان عن بضاعته والدعاية لها .

الشرط الثاني : يجب أن يكون سبب التزام الواعد العثور على شيء ضائع أو القيام بعمل معين . فلا يكفي إذن أن يكون السبب مجرد الوجود في وضع معين أو في مركز معين ، كما في إعلان شخص عن جائزة لأولاد أول شهيد في

الحرب ، أو لأول مولود تلده الأمهات في اليوم الذي ستلد فيه زوجة الواعد . مثل هذا الاعلان كان يلزم صاحبه على صعيد الوعد بجائزة ، لو أن النص القانوني سمح أن يكون سبب التزام الواعد القيام بعمل معين أو الوجود في مركز معين كما فعل القانون المدني الايطالي[1] . أما وقد حصر قانون الالتزامات والعقود، كمعظم القوانين ، سبب التزام الواعد في القيام بعمل معين ، فلا سبيل لتحقق الوعد بجائزة في ظل القانون المذكور ، إذا كان الوعد موجهاً إلى من سيوجد في مركز أو وضع معين دون عمل يقوم به .

الشرط الثالث : يجب أن يوجه الوعد إلى الجمهور . فإذا وجه إلى شخص معين خرج عن نطاق الوعد بالمعنى المقصود في هذا المقام ، وأصبح ايجاباً يجب أن يقترن به قبول . فإذا تم ذلك قام عقد يكون هو مصدر الالتزام .

الشرط الرابع : يجب أن يوجه الوعد بطريقة تتوفر فيها العلانية إلى الحد الذي يكفي لأن يعلم به عدد كبير من الناس . وليس للعلنية المقصودة طريق قانونية معينة ، بل هي تتحقق بكل وسيلة من وسائل الاعلام ، كأن تكون بطريق الاعلان في الصحف أو الاذاعة أو المناداة .

الشرط الخامس : يجب أن يتضمن الوعد إعطاء جائزة معينة . وقد تكون هذه الجائزة مبلغاً من النقود ، أو شيئاً آخر له قيمة مالية كبطاقة ركوب مجانية

---

١ نصت المادة ١٩٨٩ من القانون المدني الايطالي على ان « من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها لمن يوجد في مركز معين أو يقوم بعمل معين يلتزم بذلك الوعد متى صار علنياً » .

في طائرة ، أو أسهماً في شركة ، أو سيارة ؛ ويصح أن تكون قيمة الجائزة أدبية كوسام أو كأس تقديري .

الفرع الثالث

آثار الوعد بجائزة

٢٥٧ - لا بد لبيان آثار الوعد بجائزة من التمييز بين الحالة التي يكون فيها الواعد قد حدد أجلاً لانجاز العمل الموعود بالجائزة من أجله ، وبين الحالة التي لم يحدد فيها أجلاً لانجاز هذا العمل .

٢٥٨ - **آثار الوعد بجائزة عندما يكون له أجل محدد** : إذا كان الواعد قد حدد أجلاً اشترط أن يتم العمل خلاله ، التزم الواعد بوعده بمعنى أنه ليس له العدول عنه قبل انقضاء هذا الأجل . وعلى هذا أوضح المشرع في المادة ١٦ أنه « يفترض فيمن حدد أجلاً لانجاز الفعل (الموعود بالجائزة من أجله) أنه تنازل عن حقه في الرجوع عن وعده إلى انتهاء ذلك الأجل » .

فإذا انقضى الأجل دون أن يقوم أحد بالعمل المطلوب انقضى التزام الواعد . وإذا قام بعد ذلك شخص بهذا العمل فلا يلتزم الواعد بأداء الجائزة التي كان وعد بها ، وإنما يمكن أن يلتزم على أساس الإثراء بلا سبب ، إذا ما توافرت شروط الإثراء بلا سبب .

أما إذا قام أحد بالعمل المطلوب قبل انقضاء الأجل ، فإنه يصبح صاحب الحق في الجائزة ، وهو يستحقها في كل حال سواء كان قام بالعمل بقصد

الحصول على الجائزة أو لم يكن لديه هذا القصد ، وسواء كان يعلم بالجائزة وقت قيامه بالعمل أو كان لا يعلم بها ، وسواء كان قد أتم العمل بعد الاعلان عن الجائزة أو قبل الاعلان عنها .

٢٥٩ – آثار الوعد بجائزة عند عدم تحديد أجل له : إذا كان الواعد لم يحدد أجلاً لاتمام العمل ، فإنه يجوز له الرجوع فيه بنفس العلانية التي توفرت في الوعد ، ما لم يكن أحد الأشخاص قد بدأ بالعمل ولو لم ينجزه بعد . ففي هذه الحالة يمتنع على الواعد الرجوع عن وعده على ما أوضحته المادة ١٦ ، وبمقتضاها : « لا يجوز الرجوع في الوعد بجائزة بعد الشروع في تنفيذ الفعل الموعود بالجائزة من أجله » .

ولا يخلو الأمر في الحالة التي يكون فيها الواعد لم يحدد أجلاً لاتمام العمل ، من وجود إحدى الفرضيات الثلاث التالية :

الفرضية الأولى : يرجع الواعد في الوعد ولم يكن هناك أحد قام بالعمل المطلوب أو بدأ به . ففي هذه الفرضية يتحلل الواعد من وعده نهائياً .

الفرضية الثانية : يرجع الواعد في الوعد ويكون هناك شخص قد أنجز العمل المطلوب ، أو يكون قد بدأ فيه قبل الرجوع . ففي هذه الفرضية لا يكون للرجوع أثر في استحقاق الجائزة لأن العمل قد تم أو بدئ فيه في وقت كان فيه الواعد ملتزماً بوعده ، فيصبح من قام بالعمل دائناً بالجائزة بمجرد إنجازه العمل .

الفرضية الثالثة : لا يرجع الواعد في الوعد ، ويكون هناك شخص قد قام بالعمل المطلوب في مدة معقولة يجدي فيها القيام بهذا العمل . ففي هذه

الحالة يستحق هــذا الشخص الجـائزة ، حتى لو قـام بالعمل دون قصــده الحصول على الجائزة ، أو قام به وهو يجهل أمر الجائزة ، أو قام به قبل الاعلان عنها .

وتجدر الملاحظة إلى أننا اشترطنا لاستحقاق الجائزة في هذه الفرضية أن ينجز العمل المطلوب في وقت يكون انجازه فيه مجدياً بحيث يستطيع الواعـــد تحقيق الغرض الذي كان يهدف الوصول اليه . أما إذا كان العمل الموعود عليه بالجائزة قد تم في وقت لم يعد إنجازه فيه مجدياً ، فإن الواعد لا يكون ملزماً بوعده . مثـل ذلك أن يعد شخص منح جائزة لمن يقدم له تصميماً لمنشآت يزمع إشادتها في معرض يقام خلال شهر سبتمبر فلا يقدم له التصميم إلا بعد أن أغلق المعرض أبوابه . ففي هذه الحالة لا يستحق صاحب التصميم الجائزة الموعود بها لأن العمل قد أنجز في وقت أضحى إنجازه فيه غير مجدٍ .

٢٦٠ – إنجاز العمل الموعود عليه بالجائزة من قبل عدة أشخاص أو اشتراك عدة أشخاص في إنجازه : عرض المشرع في المـادة ١٨ من قانون الالتزامات والعقود للحالات التي ينجز فيها العمل الموعود عليه بالجائزة من قبل عدة أشخاص في وقت واحد أو في أوقات مختلفة ، أو يشترك في إنجازه عدة أشخاص كل منهم بقدر فيه ، وبيَّن كيفية استحقاق الجائزة في مختلف هذه الحالات .

فبمقتضى المادة ١٧ المذكورة تتبع الأحكام التالية :

(آ) إذا أنجز أشخاص متعددون في وقت واحد الفعل الموعود عليه بالجائزة قسمت الجائزة فيما بينهم بالتساوي .

(ب) وإذا أنجزوه في أوقات مختلفة كانت الجائزة لأسبقهم تاريخاً .

(ج) وإذا اشترك عدة أشخاص في إنجاز الفعل ، كل منهم بقدر فيه ، قسمت عليهم الجائزة بنفس النسبة .

وقد تكون الجائزة التي استحقها عدة أشخاص لا تقبل القسمة ولكنها تقبل البيع ، كأن تكون سيارة مثلاً . ففي هذه الحالة تباع الجائزة ويقسم ثمنها على مستحقيها .

وإذا كانت الجائزة شيئاً ليست له قيمة في السوق كوسام ، أو كانت شيئاً لا يمكن منحه وفقاً لنص الوعد إلا لشخص واحد كبطاقة طائرة أو كأس تقديري ، كان المرجع حينئذ للقرعة .

الباب الثالث

الاثراء بلا سبب

٢٦١ – **نظرة عامة** : (آ) كل شخص يثري دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة : فإذا ما دفع مثلاً شخص لأخر مبلغاً غير ملزم به ، أو إذا ما بنى شخص في أرض غيره بمواد مملوكة له وأصبح صاحب الأرض مالكاً للبناء المقام عليها ، فـإن صاحب هذه الأرض يثري على حساب صاحب المواد التي استعملت في البناء ، كما أن قابض المبلغ في المثال الأول يثري على حساب من دفع مـا ليس مستحقاً عليه .

ففي مثل هذه الحالات يحق لمن افتقرت ذمته أن يرجع على من أثرت ذمته دون وجه حق على حسابه ، ويطالبه بالتعويض عن الضرر الذي أصابه .

هذه نتيجة تفرضها مبادئ العدالة .

(ب) وبعض التقنينات القديمة ، كالقانون المدني الفرنسي لم تشتمل على قاعدة عامة للاثراء بلا سبب وإنما اقتصرت على عرض حالات متفرقة تعتبر من تطبيقات هذه القاعدة أهمها دفع غير المستحق ، والمصروفات الضرورية والنافعة التي ينفقها شخص عن غيره ، والبناء والغراس في أرض الغير[١] . ولكن القضاء

---

١ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٥٦١ صفحة ٣٠٩ – وكولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٢٣٢ صفحة ٢٢٠ .

الفرنسي بعد فترة من التردد ، سرعان ما فتح الباب واسعاً في وجه دعوى الاثراء بلا سبب ، وكان أن أصدرت محكمة النقض في عـــام ١٨٩٢ قرارهـــا المشهور المتضمن اعتبار الاثراء بلا سبب مصدراً عاماً للالتزام قائماً بذاته[٢] .

(ج) أما القوانين الحديثة كالقانون المدني الألماني[٣] ، وقانون الالتزامات السويسري[٤] ، والقانون المدني الايطالي الجديد[٥] ، والقانون المدني المصري[٦] والقانون المدني السوري[٧] ، فانها تقر جميعاً قاعـــدة الاثراء بلا سبب مبـــدأ عاماً كمصدر من مصادر الالتزام تتفرع عنه تطبيقات عديدة أهمها دفع غير المستحق .

---

٢ نقض فرنسي قرار ١٥ يونيو ١٨٩٢ دالوز ٩٢ – ١ – ٥٩٦ . تتلخص القضية التي صدر فيها هذا القرار في أن صاحب أرض زراعية كان قد أجرها إلى شخص ثم أنهى العقد في وقت كان فيه المستأجر مديناً للمؤجر بجزء من الأجر . ولكي يسدد المستأجر دينه ترك للمالك المحصولات التي كانت موجودة في الأرض . ولما شرع المالك في جني هذه المحصولات تقدم إليه تاجر سماد وطالبه بثمن سماد كان اشتراه المستأجر قبل إنهاء العقد ، ولما أجاب المالك بأن هذا لا يعنيه رد التاجر بأن وفرة المحصول كانت بفضل السماد الذي باعه إلى المستأجر ، وحيث أن المحصول أصبح للمالك فيعتبر هذا الأخير مثرياً بدون حق على حساب بائع السماد إذا لم يدفع ثمن هذا السماد . ولما عرض الأمر على محكمة النقض حكمت بأن المالك يعتبر مديناً لبائع السماد لأنه أثرى على حسابه دون وجه حق .

٣ راجع المادة ٨١٢ من القانون المدني الألماني .

٤ راجع المادة ١١٩٢ من قانون الالتزامات السويسري .

٥ راجع المادة ٢٠٤١ من القانون المدني الايطالي الجديد .

٦ راجع المادة ١٧٩ من القانون المدني المصري .

٧ راجع المادة ١٨٠ من القانون المدني السوري .

(د) ولئن كان قانون الالتزامات والعقود المغربي ، خلافاً للقانون المدني الفرنسي ، وعلى غرار التقنينات الحديثة قد أفرد نصوصاً خاصة للاثراء بلا سبب ولأهم تطبيق من تطبيقاتـــه وهو دفع غير المستحق ، إلا أنه اعتبر الاثراء بلا سبب ودفع غير المستحق ، حالتين من حالات أشباه العقود .

وقد سبق لنا أن بينا ، في معرض البحث في تصنيف مصادر الالتزام ، أننا نفضل ، تمشياً مع ما انتهى إليه الفقه وما أخذت به التقنينات الحديثة ، طرح فكرة شبه العقد والاعتداد بالاثراء بلا سبب كمصدر عام للالتزام قائم بذاته ، فنتناوله بالبحث على هذا الأساس معتبرين دفع غير المستحق صورة من صور الاثراء بلا سبب .

وعليه سنقسم هذا الباب إلى فصلين :

الفصل الأول : الاثراء بلا سبب .

الفصل الثاني : دفع غير المستحق .

الفصل الأول

الاثراء بلا سبب

٢٦٢ - **تعريف وإيضاح** : كثيراً ما يحصل أن يثري شخص على حساب شخص آخر فتزداد ذمته المالية بينما تنقص ذمة غيره المالية .

وهذه النتيجة إما أن تكون مبنية على أساس ويكون لها سبب مشروع كما في إثراء الموهوب له الذي يتسلم الهبة ، أو في إثراء البائع الذي يقبض لقاء ثمن المبيع مبلغا يفوق قيمة هذا المبيع ، وإما أن تفتقر إلى مبرر قانوني ولا تستند إلى أي سبب مشروع كما في إثراء من يقبض مبلغاً من المال دون وجه حق أو في إثراء صاحب أرض يتملك بناء أقامه عليها شخص آخر بمواد يملكها .

فإذا كان الاثراء يستند إلى سبب كان إثراء صحيحاً لا غبار عليه ، أما إذا كان إثراء لا يستند إلى أساس ، قيل عندئذ إنه إثراء بلا سبب ، وترتب عليه إلزام المثري بالتعويض .

وقد تناول المشرع المغربي بحث الإثراء بلا سبب في المواد ٦٦ و ٦٧ و ٧٥ و ٧٦ من قانون الالتزامات والعقود .

ونحن في ضوء هذه النصوص سنعرض للشروط اللازم توافرها لقيام

الاثراء بلا سبب ، ثم نبين الآثار التي تترتب على تحقق هـــذه الوضعية القانونية .

وعليه سنقسم هذا الفصل إلى فرعين :

الفرع الأول : شروط الإثراء بلا سبب .

الفرع الثاني : آثار الإثراء بلا سبب .

الفرع الأول

شروط الإثراء بلا سبب

٢٦٣ – **تعيين هذه الشروط** : يتطلب تحقق الإثراء بلا سبب توافر ثلاثة شروط :

الشرط الأول : إثراء شخص .

الشرط الثاني : افتقار مقابل وقع لشخص أخر وسبب إثراء الأول .

الشرط الثالث : انعدام السبب القانوني لهذا الإثراء .

هذه الشروط الثلاثة ، إذا تحققت ، تكفي في نظرنا لمنح المفتقر حـــق ممارسة دعوى الإثراء بلا سبب . ولا نرى أن يضاف إلى هذه الشروط شرط رابع يعتد به الفقه والقضاء في فرنسا لامكان ممارسة دعوى الاثراء ، وهو أن لا يكون للمفتقر دعوى أُخرى يستطيع أن يصل بها إلى حقه ، بحيث تعتبر دعوى الإثراء دعوى احتياطية .

ولسوف نعرض لمختلف الشروط المتطلبة لقيام الاثراء بلا سبب ، ثم نفصل الكلام في الشرط الرابع المختلف فيـه والمتعلق باعتبار دعوى الإثراء دعوى احتياطية .

الشرط الأول

الإثراء

٢٦٤ – **مختلف صور الإثراء** : يجب لقيام الإثراء بلا سبب أن يتحقق إثراء لشخص (enrichissement) أياً كان نوع هذا الإثراء : فقد يكون إثراء مادياً أو معنوياً ، وقد يكون إيجابياً أو سلبياً ، وقد يكون مباشراً أو غير مباشر .

٢٦٥ – **يعتد بالإثراء مادياً كان أم معنوياً** : لا يشترط في الإثراء أن يكون إثراء مادياً أي أن يتكون من نفع مالي ، كالكسب الذي يحصل عليه من يقبض مبلغاً دون وجه حق ، أو الكسب الذي يجنيه مالك عقار من تحسينات يجريها شخص فيه ، أو المنفعة التي يحصل عليها أحد من سكنى دار دون عقد إيجار . بل إنما يعتد بالإثراء حتى لو كان معنوياً ، كما لو علم مدرس تلميذاً أو كما لو حصل محام على حكم ببراءة شخص ، وذلك دون سابق اتفاق بين المدرس والتلميذ أو بين المحامي والمستفيد من الحكم ، حيث يجري تقدير الإثراء بالمال سواء في ذاته أم من ناحية الافتقار الذي يقابله .

٢٦٦ – **يعتد بالإثراء إيجابياً كان أم سلبياً** : يعتد بالإثراء سواء اتخذ صورة إيجابية أم اتخذ صورة سلبية .

فالإثراء الإيجابي هو الإثراء الذي ، كما في الامثلة السابقة ، يجني فيـه

شخص كسباً مادياً أو معنوياً بحيث تزداد ذمته المادية أو المعنوية بعد الإثراء عما كانت عليه من قبل لدخول عنصر جديد مادي أو معنوي في هذه الذمة .

أما الإثراء السلبي فهو الذي يحصل عن طريق انقاص أعباء شخص وتجنبه القيام بمصروفات لازمة . مثال ذلك أن يقوم أحد المشتاعين بإصلاحات في الشيء المشاع ويجنب شركاءه نفقات لا بد من انفاقها ، إذ أن اصلاحات الشيء المشاع تقع على المشتاعين جميعاً . مثال ذلك أيضاً أن يوفي أحد ديناً مترتباً على آخر حيث يجنب الموفي شخص المدين الوفاء بالدين ، أو أن يقدم مورد مواد غذائية للزوجة ما تحتاج إليه من مؤونة ، فيوفر على الزوج نفقات مترتبة عليه ، إذ أن نفقة الزوجة واجبة على الزوج[1] . ويعتبر من قبيل الإثراء السلبي أيضاً الإثراء الذي يتم عن طريق تجنيب شخص خسارة محققة كان لا بد أن تلحق به ، كأن يتلف شخص متاعاً له كي يطفيء حريقاً في منزل جاره حيث يثري الجار إذ يتفاى خسارة داره بالحريق الذي كان سيأتي عليها ، أو كأن يلقي ربان السفينة بقسم من حمولة السفينة لينقذها من الغرق ، حيث يثري صاحب السفينة إذ يتجنب خسارة محققة وهي غرق السفينة .

٢٦٧ - **يعتد بالإثراء مباشراً كان أم غير مباشر** : لا يشترط في الإثراء أن يكون إثراء مباشراً (direct) بل إنما يعتد بالإثراء حتى ولو وقع بصورة غير مباشرة (indirectement).

---

١ محكمة استئناف باريز قرار ١٧ يونيو ١٨٩٩ دالوز ١٨٩٩ - ٢ - ١٠٥ - وجوسران الحقوق المدنية الفرنسية الجزء ٢ نبذة رقم ٥٧٠ صفحة ٣١٣ .

ويقصد بالإثراء المباشر الإثراء الذي ينتقل رأساً من ذمة المفتقر إلى ذمة المثري وذلك إما بفعل المفتقر ، كأن يقوم شخص بدفع دين عن غيره أو كأن يقوم المشتاع باصلاحات في الشيء المشاع ، وإما بفعل المثري نفسه ، كأن يبني شخص في أرضه بأدوات مملوكة للغير ويتملك البناء تبعاً للأرض .

أما الإثراء غير المباشر فهو الإثراء الذي يقع نتيجة لتدخل شخص وسيط ينقله من ذمة المفتقر إلى ذمة المثري . مثال ذلك أن يبني زيد في أرض لعمرو بأدوات لبكر ، حيث يتملك صاحب الأرض عمرو البناء ويثري على حساب مالك الأدوات بكر من جراء البناء الذي قام به الباني زيد . مثال ذلك أيضاً أن يبيع تاجر سماداً لمستأجر أرض زراعية يسلمها المستأجر للمالك وهي مسمدة ، حيث يحصل إثراء لمالك الأرض بواسطة المستأجر .

الشرط الثاني

الافتقار

٢٦٨ – يجب لقيام الإثراء بلا سبب أن يحصل افتقار لشخص ، وأن يكون هذا الافتقار هو الذي سبب إثراء الشخص الآخر ، أو بعبارة أخرى لا بد من وجود علاقة سببية بين افتقار شخص المفتقر ، وإثراء شخص المثري .

٢٦٩ – **وجوب تحقق الافتقار** : يجب أن يتحقق افتقار شخص ليتمكن من ممارسة دعوى الإثراء بلا سبب . فإذا ما حصل إثراء لشخص ، ولم يقابله افتقار لآخر ، فلا تقوم فكرة الإثراء بلا سبب . وعلى هذا فإن محكمة النقض في سورية ، بعد تأكيدها على « أن دعوى الإثراء بلا سبب مشروع

تقوم على ثلاثـة أركان : الإثراء من جانب المدين وخسارة لاحقة بالجانب الدائن وانعدام السبب القانوني لهذا الإثراء » قد قررت أنه « إذا توفر الإثراء للجانب الأول ولم يتم شرط لحوق الخسارة إلى الجانب الثاني ... فلا مجال لتطبيق قاعدة الإثراء بلا سبب مشروع والحكم بالتعويض »[٢] . فلو أن شخصاً مثلاً أنشأ حديقة في منزله ، وأدى ذلك إلى تحسين قيمة منزل جاره ، فإن هذا الجار يكون قد أثرى . ولكننا لا نطبق عليه حكم الإثراء بلا سبب ، لأن من أنشأ الحديقة قد أنشأها لمنفعته ، وتحققت له هذه المنفعة فلم يفتقر . ولو أن مزارعاً أقام سداً لوقاية أرضه من الفيضان ، وترتب على ذلك أن اتقى به الجار كذلك الفيضان ، فلا يحـق لمن أقام السد أن يقاضي جاره بدعوى الإثراء بلا سبب ، بحجة أنـه أثرى بسبب ارتفاع قيمة أرضه من جراء وقايتها من الفيضان . ذلك أن الجار وإن كان قد أثرى ، إلا أن من أقام السد قد استفاد منه ، ولم يترتب على استفادة الجار من ذلك السد أن زادت تكاليف إقامته[٣] .

٢٧٠ – **مختلف صور الإفتقار** : الإفتقار كالإثراء يمكن أن يكون مادياً أو معنوياً ، كما يمكن أن يكون إيجابياً أو سلبياً ، مباشراً أو غير مباشر .

(آ) فالافتقار يمكن أن يكون مادياً ، كما في الافتقـار الذي يصيب من يدفع ديناً غير مترتب عليه ، حيث يخرج المبلغ المدفوع من ذمة المفتقر المالية . ويمكن أن يكون معنوياً ، كافتقار المدرس الذي يعلم تلميذاً ، أو افتقار

---

٢ محكمة النقض السورية (الدائرة المدنية) قرار رقم ٥٣٣ تاريخ ١٩٦٢/١٠/٣٠ ، مجلة القضاء والقانون العدد ٦٤/٦٢ اكتوبر – ديسمبر ١٩٦٣ صفحة ١٤٢ .

٣ نقض فرنسي قرار ٦ نوفمبر ١٨٣٨ سيريه ١٨٣٩ – ١ – ١٦٧ .

المحامي الذي يحصل على براءة شخص قد دافع عنه .

(ب) ومن جهة ثانية ، الافتقار يمكن أن يكون إيجابياً ، وهو الافتقار الذي يحصل بمقتضاه انتقاص في ذمة المفتقر المالية ، كما في مثال الشخص الذي يدفع ديناً غير مترتب عليه . ويمكن أن يكون افتقاراً سلبياً ، وهو الذي يترتب عليه فوات كسب مشروع كان من حق الشخص أن يحصل عليه ، حيث يعتبر أن هذا الشخص قد افتقر بقدر ما فات عليه من ذلك الكسب المشروع . مثال ذلك أن يهدي عارف بالأنساب (généalogiste) شخصاً إلى أن له قريباً لم يكن يعلم بوجوده ، وأن هذا القريب قد مات دون وارث غيره . فالقضاء الفرنسي قد قرر بأن العارف بالأنساب قد افتقر بقدر ما كان يستطيع أن يحصل عليه من ذلك الوارث ، لو كان اتفق معه منذ البدء على البحث عن مورثه[٤] .

(ج) ومن جهة ثالثة الافتقار يمكن أن يكون مباشراً ويمكن أن يكون غير مباشر .

فالافتقار المباشر يقابل الإثراء المباشر . وبمقتضى مثل هذا الافتقار يحصل الانتقاص في ذمة المفتقر دون وساطة أحد ، بل نتيجة عمل يقوم به المفتقر نفسه كأن يدفع زيد مبلغاً غير مستحق عليه لعمرو أو يرمم المشتاع العقار الشائع ، أو نتيجة عمل يقوم به المثري كأن يأخذ زيد أدوات لعمرو ويبني بها منشآت في أرضه ويتملك هذه المنشآت عن طريق الالتصاق .

---

٤ محكمة استئناف بواتييه قرار ٢ ديسمبر ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٨ – ٢ – ٣٣٢ .

أما الافتقار غير المباشر فهو الذي يقابل الإثراء غير المباشر وهو الذي يحصل نتيجة عمل يقوم به شخص غير المفتقر وغير المثري ويترتب عليه انتقاص في ذمة المفتقر كأن يأخذ زيد أدوات لعمرو ويبني بها بناء في أرض بكر .

٢٧١ – **وجوب انتفاء خطأ المفتقر في الافتقار** : يجب ، حتى يعتد بالافتقار ، أن لا يكون راجعاً إلى خطأ المفتقر : فإذا حصل الافتقار نتيجة خطأ المفتقر ، أو اهمالة ، فهو الذي يتحمل وزر الخطأ أو الاهمال ، ولا يجوز له أن يرجع على الغير ، ولو أثرى هذا الغير من هذا الافتقار . مثال ذلك أن يهمل دائن مرتهن إجراء القيد اللازم في السجل العقاري للمحافظة على رتبة رهنه ، فيستفيد من هذا الاهمال الدائنون اللاحقون له في المرتبة . عندئذ لا يحق للمرتهن الذي أهمل في إجراء القيد ، أن يرجع على الدائنين اللاحقين بالاثراء الذي أصابهم . مثال ذلك أيضاً ما قرره القضاء الفرنسي من أن الجدة التي استبقت لديها أطفالاً ، ورفضت ردهم إلى ذويهم فاضطرت للإنفاق عليهم طيلة مدة وجودهم لديها ، لا يجوز لها أن ترجع على أقارب الأطفال بدعوى الإثراء بلا سبب ، لأن افتقارها يرجع إلى خطئها ، وهو استبقاؤها الأطفال لديها بدون حق[٥] . وقد ذهب القضاء المغربي نفس المذهب عندما قرر أن « الأم التي تنزع ابنها من لدن والده وتمتنع عن رده إليه ، لا تستطيع أن تطالب باسترداد ما أنفقته على الولد خلال وجوده في كنفها »[٦] .

---

٥ نقض فرنسي قرار ٦ مايو ١٩٥٣ دالوز ١٩٥٣ – ١ – ٥٩ .

٦ قرار صادر عن محكمة استئناف بني ملال مشار إليه في قرار المجلس الأعلى عدد=

٢٧٢ – وجوب قيام العلاقة السببية بين افتقار المفتقر وإثراء المثري :

(آ) لا بدَّ ، حتى يتحقق الاثراء بلا سبب ، أن يكون افتقار المفتقر هو السبب في إثراء المثري . فإذا انتفت العلاقة السببية بين الافتقار والإثراء ، امتنع قيام الإثراء بلا سبب . لنفرض أن عارفاً بالأنساب أخبر شخصاً بأنه وارث لقريب له قد توفي ، ثم لنفرض أن الوارث كان لا بد أن يعلم بصفته هذه من طريق آخر . لا ريب أن هنا إثراء جناه الوارث بسبب الميراث وافتقاراً أصاب العارف بالأنساب بسبب ما أنفقه من وقت ومال في سبيل الحصول على المعلومات التي نقلها إلى الوارث . ومع ذلك فليست هناك علاقة سببية بين الاثراء والافتقار ، إذ أنه حتى بدون تدخل العارف بالانساب ، كان الوارث سيعلم بصفته كوارث ، أي أن الاثراء كان لا بد أن يتحقق بدون هذا الافتقار .

(ب) ولا نعني باشتراطنا قيام العلاقة السببية بين الافتقار والإثراء ، أنه يتحتم أن تكون واقعة واحدة هي السبب الذي أدى إلى كل من الافتقار والإثراء ، كما في مثال الشريك على الشيوع الذي يقوم باصلاحات واجبة على جميع المشتاعين ، حيث افتقار أحدهم وإثراء الآخرين سببه واقعة واحدة ، هي قيام أحد الشركاء بالاصلاحات . بل يكفي لتحقق العلاقة السببية ، أن يتبين أن إثراء المثري ما كان ليحصل لولا افتقار المفتقر ، ولو أن سبب الافتقار واقعة غير الواقعة التي هي سبب الإثراء ، كما في أخذ زيد أدوات

= ٧ تاريخ ٢٥ دجنبر ١٩٦٧ مجلة القضاء والقانون العدد رقم ٩٣ نوفبر ١٩٦٨ ، صفحة ١٢٥ .

عائدة لعمرو واستعمالها في إشادة بناء على أرض سعد ، حيث يتملك سعد البناء تبعاً للأرض . فافتقار عمرو الناجم عن فقدانه الأدوات سببه أخذ زيد هذه الأدوات ، بينما إثراء سعد الناجم عن تملكه البناء المشاد فوق أرضه ، سببه واقعة أخرى هي قيام عمرو بالبناء بأدوات زيد على أرض سعد . ومع ذلك فالعلاقة السببية قائمة بين افتقار عمرو صاحب الأدوات ، وبين إثراء سعد صاحب الأرض .

(ج) وفي كل حال قيام العلاقة السببية بين الافتقار والإثراء هي من الأمور الواقعية التي يعود تقديرها لقاضي الموضوع ، والتي تخرج بالتالي عن رقابة المجلس الأعلى .

الشرط الثالث

انعدام السبب القانوني للاثراء

٢٧٣ – يجب لقيام الإثراء بلا سبب ، أن لا يكون هناك سبب قانوني يبرر إثراء المثري .

وهذا الشرط هو الشرط الأساسي الذي تقوم عليه فكرة الإثراء بلا سبب : ذلك أنه ما من مانع يمنع أحداً من أن يثري على حساب غيره إذا كان إثراؤه يرتكز على سبب صحيح (juste cause) . أما الذي لا يجوز أن يكون ، فهو أن يحصل الإثراء دون سبب يبرره . لذلك نرى محكمة النقض في سورية تؤكد على أنه إذا توفر الإثراء وكان له سبب قانوني « فلا مجال لتطبيق قاعدة

الإثراء بلا سبب مشروع والحكم بالتعويض »[٧] .

٢٧٤ – **المقصود بالسبب القانوني** : يقصد بالسبب هنا المصدر القانوني أو السند الحقوقي (acte juridique) الذي يخول المثري الحق في الإثراء[٨] . فالتصرف القانوني ، عقداً كان أم إرادة منفردة ، والحكم الصادر عن القضاء أو عن المحكمين ، والعمل غير المشروع ، والقانون ، كل ذلك يشكل سبباً صحيحاً يحق معه للمثري الاحتفاظ بما أثراه ، ويحول دون إمكان مطالبته بالرد .

ولسوف نفصل الكلام في كل سبب من هذه الأسباب .

٢٧٥ – **التصرف القانوني** : (آ) فالتصرف القانوني ، سواء كان تصرفاً تعاقدياً ، أم كان تصرفاً إرادياً منفرداً ، يشكل سبباً صحيحاً يجيز للمثري الاحتفاظ بما أثراه ، ويقف حائلاً دون وقوع المطالبة بالرد . فإذا ما أعلن شخص مثلاً عن جائزة لمن يعثر على شيء مفقود ، وعثر أحدهم على هذا الشيء واستحق الجائزة ، فلا يستطيع الواعد استرداد جزءٍ من هذه الجائزة عن طريق دعوى الإثراء بلا سبب ، بحجة أن الجهود التي بذلت في سبيل العثور على الشيء المفقود لا تتكافأ والجائزة الممنوحة . وهكذا أيضاً لو أجرى المستأجر تحسينات في المأجور وكان في عقد الايجار شرط يقضي بأن يتملك

---

٧ محكمة النقض السورية (الدائرة المدنية) قرار رقم ٥٣٣ تاريخ ١٩٦٢/١٠/٣٠ مجلة القضاء والقانون العدد ٦٢ / ٦٤ اكتوبر – ديسمبر ١٩٦٣ صفحة ١٤٢ .

٨ كولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفُرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٢٤٠ صفحة ٢٣١ – وجوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٥٧٢ صفحة ٣١٤ و ٣١٥ .

المؤجر هذه التحسينات عند نهاية الإيجار دون مقابل ، فإنه لا يحق للمستأجر أن يمارس دعوى الاثراء على المؤجر ، كي يعوضه عن هذه التحسينات ، لأن عقد الايجار يعتبر سبباً صحيحاً يخول المؤجر الحق في التحسينات المذكورة . وقد عرضت على القضاء الفرنسي قضية تتلخص في أن شخصاً اشترى معجم «لاروس» بثمن اعتبره باهظاً ألحق فيه غبناً فاحشاً ، فرفع على البائع دعوى الإثراء بلا سبب ، مطالباً إلزامه برد الفرق بين الثمن المدفوع والقيمة الحقيقية ، وحكم له قاضي الصلح بما طلب . ولما رفعت القضية إلى محكمة النقض نقضت هذه المحكمة الحكم قائلة إنه ليس ثمة إثراء بلا سبب ما دام أن هناك عقداً هو سبب الإثراء[9] .،وفي المغرب قرر القضاء أنه «إذا استعمل مشتري قطعة من الأرض التصميم المتعلق ببنائها استناداً على اتفاق بينه وبين البائع باعتبار التصميم داخلاً في البيع لم يجز القول بأن المشتري أثرى بدون سبب لأن عقد البيع هو إذ ذاك السبب القانوني للإثراء[10] .

٢٧٦ – (ب) على أن صعوبة تثور عندما يكون العقد الذي هو سبب الإثراء مبرماً بين المثري وبين الغير . فهل هنا يجوز للمثري أن يدفع دعوى المفتقر بالاستناد لهذا العقد ، أو بعبارة أخرى هل يجوز اعتبار العقد المذكور سبباً قانونياً يحول دون ممارسة دعوى الإثراء بلا سبب ؟ إن محكمة النقض الفرنسية ، كانت بادىء الأمر ، جنحت إلى عدم الجواز وذلك في قرارها المشهور الصادر عام ١٨٩٢ في قضية السماد حيث اعتبرت لأول مرة

---

٩ نقض فرنسي قرار ٢١ فبراير ١٩٤٤ ، جازيت دي باله ١٩٤٤ – ١ – ٢٤٩ .

١٠ المجلس الأعلى ، الغرفة الأولى ، القسم المدني الحكم رقم ١٦١ تاريخ ٦ فبراير ١٩٦٣ مجلة القضاء والقانون ، العدد ٦٨ و ٦٩ صفحة ٣٨٥ .

الإثراء بلا سبب مصدراً عاماً للالتزام قائماً بذاته[11] . فبـائع السماد لمستأجر أرض زراعية ، لما رجع بدعوى الإثراء بلا سبب على مالك هذه الأرض التي أعادها اليه المستأجر وهي مسمدة ، ودفع مالك الأرض الدعوى بأن الإثراء الذي حققه ، يستند إلى سبب ، هو عقد الايجـار المبرم بينه وبين المستأجر ، لم تأخـذ محكمة النقض بهذا الدفع ، بل قررت بأن المالك لا يسوغ لـه الاحتجاج بعقد الإيجار في مواجهة التاجر ، وألزمت بالتالي مالك الأرض بثمن السماد ، معتبرة أنه أثرى على حساب التاجر دون وجه حق .

إلا أن القضاء الفرنسي ما لبث أن عدل عن موقفه ، وقضى بجواز التمسك بالعقد المبرم بين المثري والغير ، واعتبار مثل هذا العقد سنداً قانونياً يخول المثري الحق في الإثراء[12] . فهكذا قـام مستأجر باصلاحات في العين المؤجرة ثم أعسر ، فطالب المقاول الذي قـام بهذه الاصلاحات مالك العين المؤجرة بالتعويض عليه عن الخسارة التي أصابته ، مستنداً في طلبه إلى أن مالك العين قد اكتسب منزله زيادة في القيمة بسبب الاصلاحات المنجزه ، وأثرى بالتالي على حساب المقاول . ولما عرضت هذه القضية على القضاء ، قرر أن المالك إذا كان قد اتفق مع المستأجر أن يترك له هذا الأخير كل الاصلاحات والأبنية بدون مقابل ، فلن يكون على المالك أن يدفع شيئاً للمقاول ، إذ يستند إثراء المالك في هذه الحالة إلى سبب صحيح هو العقد . أما إذا كان العقد لا ينص على شيء من ذلك ، فلن يكون لإثراء المالك سبب ، ومن ثم يمكن إلزامه في

---

١١ راجع ملخص وقائع هذه القضية في الهامش رقم ٢ صفحة ٣٣٠ .

١٢ كولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٢٤٠ صفحة ٢٣٢ .

حدود ما أثرى به[١٣] . وفي قضية أخرى تتعلق بمستأجر محل تجاري اتفق مع المالك على رد أدوات المحل المأجور في حالة جيدة عند نهاية الايجار ، اشترى المستأجر أدوات جديدة ، وسلمها إلى المالك دون أن يدفع ثمنها إلى البائع . فلما رجع البائع على مالك المحل بدعوى الإثراء بلا سبب ، رفضت محكمة النقض هذه الدعوى ، وقالت ، في معرض تعليل الرفض ، إن الإثراء الذي حققه المالك ليس إثراء بلا سبب وإنما هو إثراء يستند إلى سبب صحيح هو العقد المبرم فيما بينه وبين المستأجر[١٤] .

٢٧٧ - (ج) وبدهي أن العقد الذي يستند اليه المثري ليدفع دعوى الإثراء بلا سبب يجب أن يكون عقداً صحيحاً . فإذا كان باطلاً ، فلا شيء يحول دون رفع دعوى الإثراء لأن العقد الباطل يعتبر مجرداً من كل أثر ، ولا يصلح أن يكون سبباً صحيحاً يبرر الإثراء .

٢٧٨ - **حكم القضاء أو المحكمين** : كذلك يعتبر الحكم الصادر عن القضاء أو عن هيئة تحكيمية سنداً قانونياً يسمح للمثري بالاحتفاظ بما أثراه تنفيذاً لهذا الحكم . فإذا ما انتهى نزاع بين شخصين بحكم قضائي أو تحكيمي الزم أحدهما بدفع مبلغ من المال إلى الطرف الآخر ، وقبض المحكوم له المبلغ المحكوم به ، فلا يجوز للمحكوم عليه في حال من الأحوال ، الرجوع على المحكوم له بدعوى الإثراء بلا سبب لاسترداد كل أو بعض ما دفع ، لأن

---

١٣ نقض فرنسي قرار ١٢ فبراير ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ٦٤ .

١٤ نقض فرنسي قرار ٢٢ فبراير ١٩٣٩ ، جازيت دي باليه ١٩٣٩ - ١ - ٧٧٩ .

الحكم يعتبر سنداً صحيحاً في يد المثري يجيز له الاحتفاظ بما أثرى به استناداً للحكم المذكور .

٢٧٩ - **العمل غير المشروع** : إن العمل غير المشروع نفسه يمكن اعتباره سنداً صحيحاً مانعاً من سماع دعوى الإثراء بلا سبب : فالمضرور الذي حصل على تعويض عن ضرر أصابه نتيجة عمل غير مشروع قام به شخص ، لا يمكن أن يطالبه مرتكب العمل الضار باسترداد جزء مما قبض على أساس الإثراء بلا سبب بحجة أن التعويض المقبوض يفوق الضرر الحاصل ، لأن إثراء المضرور يرتكز على سند قانوني هو العمل غير المشروع .

٢٨٠ - **القانون** : قد يكون القانون أحياناً سبباً صحيحاً للإثراء[١٥] . فهكذا مثلاً إذا ما اكتسب شخص ملكية شيء بالتقادم ، لا يمكن للمفتقر استرداد هذا الشيء عن طريق دعوى الإثراء بلا سبب ، وتعطيل الحكم القانوني الذي رتبه المشرع على التقادم كسبب صحيح للإثراء . وهكذا أيضاً لو أنفق أحد المشتاعين مصروفات زينة وترف على الشيء المشاع دون إذن من شركائه ، كأن تكون أرضية الدار من الاسمنت العادي فيبدلها برخام ، لامتنع عليه الرجوع على شركائه الآخرين بما يصيبهم من هذه النفقات بطريق دعوى الإثراء بلا سبب ، وذلك لأن القانون نص على أن « المصروفات النافعة ومصروفات الزينة والترف التي أنفقها أحد المالكين على الشياع لا تخوله حق الاسترداد تجاه الباقين ما لم يكونوا قد أذنوا في إنفاقها صراحة أو دلالة » (المادة ٩٧٠ من قانون الالتزامات والعقود) ، وأنه لا يجوز أن تكون دعوى الإثراء بلا سبب

---

١٥ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٥٧٤ مكرر صفحة ٣١٦ .

معطلة لنص قانوني . كذلك لو أجرى المنتفع تحسينات في الشيء المنتفع به بدون إذن صاحب الرقبة ، فلا يحق له ممارسة دعوى الإثراء بلا سبب للمطالبة بأي تعويض عن التحسينات المذكورة ولو أدت لرفع قيمة العقار ، لأن القانون حرّم على المنتفع مطالبة المالك بالتعويض عن التحسينات التي يجريها في العقار المنتفع به (المادة ٥٢ من ظهير ١٩ رجب ١٣٣٣ المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة)[١٦] ، وأنه لا يمكن تعطيل هذا التحريم عن طريق دعوى الإثراء بلا سبب .

٢٨١ – **على المفتقر إثبات عدم وجود سبب للإثراء** : من المسلم به ، أنه في حالة الشك ، يفترض وجود سبب لكل إثراء . فعلى المفتقر ، الذي يمارس دعوى الإثراء ، أن يثبت أن خصمه ، خلافاً للقاعدة ، قد أثرى دون سبب مشروع على حسابه . وما لم تقم هذه البينه فلا سبيل أمام المفتقر للحصول على حكم بالزام المثري برد ما أثرى به .

الشرط الرابع المختلف فيه

دعوى الإثراء هي دعوى احتياطية

٢٨٢ – هل تعتبر دعوى الإثراء دعوى احتياطية لا تجوز ممارستها إلا

---

١٦ نصت الفقرة الأولى من المادة ٥٢ من ظهير ١٩ رجب ١٣٣٣ على أنه « لا يمكن للمالك لا بعمله ولا بأية وسيلة أُخرى أن يضر بحقوق المنتفع كما لا يمكن للمنتفع من جهته أن يطالب بعد انتهاء مدة الانتفاع بأي تعويض عن التحسينات التي يدعي أنه قام بها ولو ارتفعت قيمة العقار بسببها » .

إذا تعذر على المفتقر الوصول إلى حقه عن طريق دعوى أُخرى ؟

هذا السؤال مختلف فيه .

(آ) ففي فرنسا استقر الفقه والقضاء على إضافة شرط رابع إلى الشروط الثلاثة التي ذكرناها أعلاه لامكان ممارسة دعوى الإثراء ، وهو أن هذه الدعوى هي دعوى احتياطية ، لا يجوز الالتجاء اليها ، إلا إذا استحال على المدعي سلوك دعوى أُخرى للوصول إلى حقه[١٧] .

والقانون المدني الايطالي أشار صراحة إلى الطابع الاحتياطي لدعوى الإثراء عندما علق قبول دعوى الإثراء على أن لا يكون للمضرور « دعوى أُخرى يستطيع استعمالها لاصلاح الضرر »[١٨] .

(ب) أما نحن فمن رأينا أن الشروط الثلاثة التي قررناها هي كافية لتحقق الإثراء بلا سبب ، ولا مجال لاضافة الشرط الرابع القائل بوجوب اعتبار دعوى الإثراء دعوى احتياطية لا تُقبل إلا إذا امتنع على المفتقر وجود وسيلة قانونية أُخرى يصل عن طريقها إلى حقه .

وإذا كنا نرى هذا الرأي فذلك لأن الإثراء بلا سبب يتطلب لقيامه ، فيما

---

١٧ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٥٧٤ صفحة ٣١٥ – وكولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٢٤٠ صفحة ٢٣٢ – نقض فرنسي قرار ١٢ مايو ١٩١٤ سيريه ١٩١٨ – ١ – ٤١ ، وقرار ٢ مارس ١٩١٥ دالوز ١٩٢٠ – ١ – ١٠٢ ، وقرار ١٢ فبراير ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٤ – ١ – ١٢٩ .

١٨ راجع المادة ٢٠٤٢ من القانون المدني الايطالي .

يتطلب ، أن يكون الإثراء حصل بدون سبب . أما إذا كان شخص قد أثرى نتيجة سبب صحيح مستمد مثلاً من عقد أو من عمل غير مشروع ، فإثراؤه لا يكون حصل بلا سبب بل يكون مستنداً إلى سبب قانوني هو العقد أو العمل غير المشروع . وفي هذه الحالة ، لا تتحقق فكرة الإثراء بلا سبب لافتقارها إلى شرط أساسي فيها ، وهو كون الإثراء قد حصل بلا سبب . وإذا كان لا يجوز حينئذ للمفتقر ، مثلاً للبائع الذي لم يدفع له المشتري الثمن ، ممارسة دعوى الإثراء ضد المشتري لمطالبته بتأدية الثمن ، فما ذلك لأن لدى البائع دعوى أُخرى ناجمة عن عقد البيع يستطيع عن طريقها الوصول إلى حقه ، بل لأن شرطاً من شروط الإثراء بلا سبب لم يتوفر ، ما دام أن المشتري قد أثرى نتيجة عقد البيع ، أي استناداً إلى سبب صحيح . وبدهي أن عدم توفر شرط من شروط الإثراء بلا سبب يحول دون قيامه ، وبالتالي يمنع من ممارسة الدعوى التي تستند إليه .

وعليه ، فإننا نعتبر دعوى الإثراء بلا سبب دعوى أصلية يجوز اللجوء إليها إذا ما تحققت شروط الإثراء بلا سبب جميعاً ، ويمنع على المفتقر ممارستها إذا اختل شرط من هذه الشروط ، ولا سيما إذا كان إثراء المثري يمكن اسناده إلى سبب صحيح .

(ج) وجدير بالذكر أن المشرع المغربي ، خلافاً للمشرع الفرنسي ، قد خص عدة مواد للإثراء بلا سبب ولم يتطرق في أي مادة من هذه المواد إلى الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء ، لا بل هو نص في المادة ٦٦ على أن « من تسلم أو حاز شيئاً أو أية قيمة أُخرى مما هو مملوك للغير بدون سبب يبرر هذا الإثراء التزم برده لمن أثرى على حسابه » ، مانحاً بذلك للمالك صراحة حق ممارسة

دعوى الإثراء لاسترداد ملكه من الحائز ، رغم أن للمالك ممارسة دعوى الاستحقاق للوصول إلى حقه ، الأمر الذي يترتب عليه أن المشرع نفى الصفة الاحتياطية عن دعوى الإثراء ، واعتبرها دعوى أصلية ، يجوز اللجوء اليها بصرف النظر عن وجود أو انتفاء وسيلة قانونية أخرى يستطيع المفتقر أن يصل إلى حقه عن طريقها .

الفرع الثاني

آثار الإثراء بلا سبب

٢٨٣ – **نظرة عامة** : إن الآثار التي تترتب على الإثراء بلا سبب هي رد الشيء إلى المفتقر مع التعويض عليه عند الاقتضاء ، أو التعويض على المفتقر فحسب ، عندما يتعذر رد الشيء لسبب من الأسباب ، أو عندما يكون الإثراء نفعاً جناه المثري من عمل الغير أو شيئه .

لنبحث في التزام المثري برد الشيء ، ثم في التزامه بالتعويض على المفتقر في مختلف الحالات .

٢٨٤ – **التزام المثري برد العين** : يترتب على المثري أن يرد العين التي حازها بدون سبب ، إذا كانت ما زالت موجودة في حوزته . فالمادة ٦٦ قد نصت على أن « من تسلم أو حاز شيئاً أو أية قيمة أخرى مما هو مملوك للغير بدون سبب يبرر هذا الإثراء التزم برده لمن أثرى على حسابه » . وجاءت المادة ٧٥ مؤكدة وموضحة هذا الحكم بقولها : « من أثرى بغير حق إضراراً بالغير لزمه أن يرد له عين ما تسلمه إذا كان ما زال موجوداً ... » .

وإذا كان المثري سيء النية ، التزم أيضاً برد الثمار والزيادات والمنافع التي جناها وتلك التي كان من واجبه أن يجنيها لو أنه أحسن الادارة ، وذلك من يوم تسلمه الشيء بغير حق .

أما إذا كان المثري حسن النية فإنه لا يسأل إلا في حدود ما عاد عليه من نفع ومن تاريخ المطالبة (المادة ٧٥) .

ويظهر الفارق جلياً بالنسبة للالتزام بملحقات العين من ثمار وغيرها بين المثري سيء النية والمثري حسن النية :

فالمثري سيء النية يكون مسؤولاً عن كل ما جناه من ثمار وزيادات ومنافع ، وعما قصر في جنيه ، في حين أن المثري حسن النية لا يسأل إلا في حدود ما عاد عليه من نفع .

ثم إن مسؤولية المثري سيء النية تبدأ من تاريخ تسلمه الشيء ، بينما مسؤولية المثري حسن النية لا تترتب إلا من تاريخ وقوع المطالبة .

٢٨٥ – **الحكم في حالة هلاك العين أو تلفها** : إذا هلكت العين أو تلفت ، فيجب التفريق بين الحالة التي يكون فيها الهلاك أو التلف نتيجة فعل المثري أو خطئه ، وبين الحالة التي يكون فيها التلف أو الهلاك قد حصل بقوة قاهرة .

(آ) فإذا ما هلكت العين أو تلفت بفعل المثري أو خطئه ، فهو يلزم بأن يرد لصاحبها قيمتها في يوم تسلمه إياها دون ما تمييز بين أن يكون المثري حسن النية أو سيء النية ، مع الإبقاء على التمييز بينهما بالنسبة للثمار والمنافع

والزيادات على النحو الذي فصلناه أعلاه (المادة ٥٧) .

(ب) أما إذا هلكت العين أو تلفت نتيجة قوة قاهرة ، فالمثري سيء النية يضمن التلف أو الهلاك ، ويلزم في هذه الحالة بأن يرد لصاحبها قيمتها في يوم تسلمه إياها مع الزيادات والثمار والمنافع التي جناها وتلك التي قصر في جنيها ، من يوم تسلمه العين حتى تلفها أو هلاكها . أما المثري حسن النية فلا يضمن التلف أو الهلاك الحاصل بقوة قاهرة ولا يسأل في هذه الحالة عن شيء باستثناء ما عاد عليه من منفعة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف ، كما إذا انتفع بانقاض المنزل ببيعها أو باستعمالها في بناء منزل آخر .

٢٨٦ – **الحكم في حالة تعذر رد العين لبيعها** : إذا تعذر رد العين إلى المفتقر بسبب بيعها من قبل المثري ، فقد أوضحت المادة ٧٦ الحكم بالنسبة للمثري حسن النية فقالت : « إذا كان من تسلم الشيء بحسن نية قد باعه فإنه لا يلتزم إلا برد ثمنه أو بتحويل ما له من حقوق على المشتري إذا استمر على حسن النية إلى وقت البيع » .

فالمثري حسن النية ، إذا ما باع الشيء الذي كان في حوزته ، وهو ما زال على حسن نيته ، لا يسأل إلا في حدود الثمن الذي بيع فيه الشيء ، حتى ولو كانت قيمته تفوق ذلك . فإذا كان قد قبض الثمن وجب عليه رده للمفتقر ، وإذا كان الثمن ما زال عالقاً بذمة المشتري ، فإن المثري حسن النية تبرأ ذمته ، إذا ما حول للمفتقر الحقوق المترتبة له على المشتري[١٩] .

---

١٩ إذا كان المثري حسن النية ، كفَّ عن أن يكون كذلك وقت البيع ، كأن يكون =

أما بالنسبة للمثري سيء النية ، ولعدم وجود نص خاص ، فاننا نرى في حالة البيع ، إلزامه بقيمة الشيء وقت تسلمه إياه قياساً على حالة الهلاك أو التلف ، إذا كانت هذه القيمة أصلح للمفتقر من الثمن الذي بيع فيه الشيء ، وإلا فمن حق المفتقر ، في رأينا ، المطالبة بالثمن ، رغم اقتصار نص المادة ٧٦ على المثري حسن النية ، وذلك عن طريق التفسير من باب أولى ، إذ لا يعقل أن نمنح للمفتقر حق المطالبة بالثمن عندما يكون المثري حسن النية ، ونمنع عليه هذا الحق عندما يكون المثري سيء النية .

٢٨٧ – **الحكم في حالة كون الإثراء نفعاً جناه المثري من عمل الغير أو شيئه** : إذا كان الإثراء الذي حصل عليه المثري عبارة عن نفع جناه من عمل المفتقر أو شيئه ، فقد أوضحت المادة ٦٧ الحكم بالنسبة للمثري حسن النية فألزمته « بتعويض من أثرى على حسابه في حدود ما أثرى به من فعله أو شيئه » . فإذا انتفع مثلاً شخص حسن النية من إشراف مهندس على بناء يبنيه هذا الشخص ، فانه يلزم في حدود الفائدة التي عادت عليه من وراء عمل هذا المهندس ، وإذا انتفع شخص من دار عن طريق السكنى فيها عن حسن نية ، فإنه يلزم بأجر مثل هذه الدار ليس إلا . فالعبرة إذن في تقدير التعويض ، في حالة كون الإثراء نفعاً جناه المثري حسن النية من عمل الغير أو شيئه ، هي لقيمة الإثراء الذي حصل عليه المثري حسن النية ، ولا يلزم إلا بقدر هذا الإثراء ، حتى لو كانت خسارة المفتقر تزيد على ذلك .

= أقدم على البيع بعد أن أقيمت عليه دعوى الاسترداد من قبل المفتقر ، فإنه لا يستفيد من أحكام المادة ٧٦ وإنما تطبق بحقه الأحكام الواجب تطبيقها على المثري سيء النية .

أما حكم المثري سيء النية بالنسبة للنفع الذي يجنيه بدون سبب من عمل الغير أو شيئه ، فلم يعرض له المشرع . فقياساً على النهج الذي سار عليه المشرع في التشديد على المثري سيء النية ، ولا سيما من حيث الزامه بكامل الثمار لا في حدود ما دخل عليه منها فحسب[٢٠] ، فاننا نرى الزامه بالتعويض عن كامل ما افتقره المفتقر أي عن كامل خسارة هذا الأخير ، حتى لو كان النفع الذي حصل عليه المثري يقل عن ذلك .

---

٢٠ راجع نبذة رقم ٢٨٤ أعلاه .

الفصل الثاني

دفع غير المستحق

٢٨٨ - **تعريف وإيضاح** : دفع غير المستحق هو الوفاء بدين غير واجب على الموفي ظناً منه أنه مدين به . ويترتب على ذلك إلزام الموفى له بأن يرد إلى الموفي ما أخذه منه بدون حق .

ودفع غير المستحق ، كما نرى ، مـا هو إلا صورة من صور الإثراء بلا سبب .

وقد بحث المشرع المغربي دفع غير المستحق جنباً إلى جنب مع الإثراء بلا سبب وخص له المواد ٦٨ إلى ٧٤ .

ونحن في ضوء نصوص هذه المواد سنعين الشروط اللازم توافرها لقيـام دفع غير المستحق ، ثم نبين الآثار التي تترتب على هذه الوضعية القانونية .

وعليه سنقسم هذا الفصل إلى فرعين :

الفرع الأول : شروط دفع غير المستحق .

الفرع الثاني : آثار دفع غير المستحق .

الفرع الأول

شروط دفع غير المستحق

٢٨٩ – **تعيين هذه الشروط** : يتطلب قيام الإثراء بلا سبب الناجم عن دفع غير المستحق توافر ثلاثة شروط :

الشرط الأول : يجب أن يكون هناك وفاء .

الشرط الثاني : يجب ألا يكون لهذا الوفاء سبب .

الشرط الثالث : يجب أن يكون الموفي قد قام بالوفاء ظناً منه أنه مدين .

٢٩٠ – **الشرط الأول : يجب أن يكون هناك وفاء** : يشترط في دفع غير المستحق أن يكون هناك وفاء (paiement) . ويقصد بالوفاء هنا كل عمل من أعمال الوفاء يصدق عليه وصف التصرف القانوني المبرئ للذمة : فقد يكون هذا الوفاء وفاء عادياً تم عن طريق أداء المفتقر محل الالتزام الذي كان يظن أنه ملتزم به إزاء المثري . وهذي هي الحالة التي أشار إليها المشرع في المادة ٦٨ حيث قال : « من دفع ما لم يجب عليه ، ظناً منه أنه مدين به . نتيجة غلط في القانون أو في الواقع ، كان له حق الاسترداد على من دفعه له » . وقد يكون عملاً يعادل الوفاء كما في الوفاء بمقابل[1] . أو التجديد[2] ، أو

---

١ الوفاء بمقابل هو الذي يتم عن طريق قبول الدائن أن يأخذ استيفاء لحقه شيئاً آخر غير الشيء الذي ذكر في الالتزام (المادة ٣٢١) .

٢ التجديد هو انقضاء التزام في مقابل انشاء التزام جديد يحل محله (المادة ٣٤٧) .

الإنابة[٣] ، أو المقاصة[٤] .

ويعتبر كذلك بمثابة الوفاء في حقل دفع غير المستحق الإقرار بالدين أو ترتيب ضمان خاص يضمن الوفاء به ، كمنح المدين رهناً أو كفالة لدائنه . وقد عرض المشرع في المادة ٧٤ لبعض هذه الحالات التي تنزل منزلة الوفـاء فقال : « يعادل الدفع[٥] في الحالات المنصوص عليها أعلاه (المقصود بذلك حالات دفع غير المستحق) إقـامة إحدى الضمانات وتسليم حجة تتضمن الاعتراف بدين أو أية حجـة أُخرى تهدف إلى إثبات وجود الالتـزام أو التحلل منه » .

٢٩١ – **الشرط الثاني : يجب ألا يكون للوفاء سبب** : فانعـدام السبب هو الذي يجعل الوفاء دفعاً لدين غير مستحق . ويستوي في ذلك أن يكون السبب غير متحقق أصلاً ، أو يكون سبباً مستقبلاً لم يتحقق ، أو يكون قد زال بعد أن تحقق . فالاسترداد يصح في هذه الحالات جميعاً . وقـد أوضح المشرع المغربي ذلك إذ نص في المادة ٦٨ على منح حق الاسترداد لمن دفع ما ليس مستحقاً عليه ظناً منه أنه مدين به وهي الحالة التي يكون فيها الدفع

---

٣ الانابة تصرف بمقتضاه يحول الدائن حقوقه على المدين لدائنه هو وفاء لما هو مستحق عليه له . وتكون الانابة أيضاً في تصرف من يكلف أحداً من الغير بالوفاء عنه ولو لم يكن هذا الغير مديناً لمن وكله على الوفاء (المادة ٢١٧) .

٤ تقع المقاصة عندما يكون كل من الطرفين دائناً للآخر ومديناً له بصفة شخصية فيجري سداد ما هو مترتب على المدين لدائنه بما هو مستحق له قبل هـذا الدائن (الماة ٣٥٧) .

٥ المقصود بالدفع هنا الوفاء .

لسبب غير متحقق أصلاً ، ثم أضاف في المادة ٧٠ أنه « يجوز استرداد ما دفع لسبب مستقبل لم يتحقق أو لسبب كان موجوداً ولكنه زال » .

فلنبحث في حالة عدم تحقق سبب للوفاء ثم في حالة زوال سبب الوفاء بعد تحققه .

٢٩٢ – **حالة عدم تحقق سبب للوفاء** : في هذه الحالة يكون الدين الذي دفعه الموفي غير مستحق وقت الوفاء . ويتحقق ذلك في الصور الثلاث الآتية :

٢٩٣ – **الصورة الأولى** : إذا لم يكن هناك دين . وهذه الصورة تنطوي على فرضيات مختلفة :

(آ) فقد لا يكون للدين وجود أصلاً في أي وقت بالنسبة للموفي والموفى اليه على حد سواء كأن يدفع وارث ديناً يعتقد أنه مترتب على المورث ثم يظهر أن هذا الدين لا وجود له .

(ب) وقد لا يكون للدين وجود بالنسبة إلى الموفي فحسب : كأن يدفع شخص ديناً إلى الدائن ظناً منه أنه مدين به ثم يظهر أن غيره هو المدين بهذا الدين ، أو لا يكون للدين وجود بالنسبة إلى الموفى له فحسب ، كأن يقوم المدين بوفاء دين مترتب عليه لشخص غير شخص الدائن .

(ج) وقد يكون الدين مصدره تصرف باطل لسبب من الأسباب ، حيث يجوز استرداد ما دفع بغير حق تنفيذاً للعقد الباطل ، على ما أوضحته صراحة المادة ٣٠٦ من قانون الالتزامات والعقود . مثال ذلك أن يدفع مدين

لدائن فوائد باهظة تتجاوز إلى حد كبير السعر العادي للفوائد وقيمة الخدمة المؤداة نتيجة استغلال الدائن حاجة المدين أو ضعف إدراكه أو عدم تجربته ، وهو ما يحرمه القانون تحت طائلة البطلان . فتصرف المدين الذي يؤدي مثل هذه الفوائد الباهظة يعتبر تصرفاً باطلاً يجوز معه الاسترداد (المادة ٨٧٨) .

٢٩٤ – **الصورة الثانية** : إذا كان هناك دين محتمل الوجود ويؤمل استحقاقه ولكنه لم يستحق ، كما في الالتزام المعلق على شرط واقف ، كأن أقول لطالب أهبك ألف درهم إذا نجحت في الفحص . فإذا حصل الوفاء بهذا الدين قبل تحقق الشرط ، كان ذلك دفعاً لدين غير مستحق وجاز للموفي استرداد ما دفع .

٢٩٥ – **الصورة الثالثة** : إذا كان الدين قد انقضي قبل الوفاء به . ففي هذه الصورة وجد الدين في ذمة الموفي للموفى له . ولكنه انقضى قبل الوفاء به ، كأن يوفي الوارث ديناً يظن أن مورثه مات مديناً به ، ثم يعثر على إيصال يثبت أن المورث كان قام بوفاء هذا الدين قبل موته . فللوارث الذي دفع الدين ثانيةً أن يطالب باسترداد ما دفع .

٢٩٦ – **حالة زوال سبب الوفاء بعد تحققه** : في هذه الحالة يكون الدين الذي حصل الوفاء به واجب الأداء حين الوفاء به ، فوقع الوفاء صحيحاً . ثم حصل بعد ذلك أن زال السبب الذي كان يرتكز عليه الدين فزال تبعاً لذلك سبب الوفاء كما في حالات الإبطال أو الفسخ : فلو أن بيعاً أبطل لعيب من عيوب الرضى ، أو فسخ لعدم قيام البائع بالتزامه ، وكان المشتري سبق له أن

دفع الثمن ، فأن من حقه استرداد هذا الثمن ، لأن إبطال عقد البيع أو فسخه أدى إلى زوال سبب التزام المشتري بدفع الثمن ، وبالتالي إلى زوال سبب الوفاء ، فيصبح الثمن في ذمة البائع دفعاً لدين غير مستحق ، ويصبح من حق المشتري استرداده .

٢٩٧ – الشرط الثالث : يجب أن يكون الموفي قد قام بالوفاء ظناً منه أنه مدين : (آ) يجب لقيام دفع غير المستحق أن يكون الموفي قد قام بالوفاء ظناً منه أنه مدين[٦] . ويستوي في ذلك أن يكون الغلط الذي جعل الموفي يعتقد أنه مدين هو غلط في القانون أو غلط في الواقع . وهذا ما قررته صراحة المادة ٦٨ وبمقتضاها : « من دفع ما لم يجب عليه ، ظناً منه أنه مدين به ، نتيجة غلط في القانون أو في الواقع ، كان له حق الاسترداد على من دفع له ... » : فلو أن أحد الشركاء على الشيوع دفع نصيبه من نفقات زينةٍ وترف أنفقها شريك آخر ظناً منه خطـأً أنه ملزم بها قانوناً ، مع أن القانون لا يلزمه بمثل هذه النفقات (المادة ٩٧٠ من قانون الالتزامات والعقود) جاز له استرداد ما دفع لأنه قد قام بالوفاء ظناً منه أنه مدين بما أوفاه نتيجة غلط في القانون . ولو أن وريثاً أدّى دين مورثه وهو يجهل أن مورثه كان أوفى هذا الدين اعتبر كذلك أنه دفع ما ليس مستحقاً عليه وساغ له استرداد ما دفع نتيجة غلط في الواقع .

على أن هناك حالة لا يعتد فيها بغلط الموفي ، ولا يكون له بالتالي حق الاسترداد ، وذلك إذا كان الموفي المتمتع بأهلية التصرف على سبيل التبرع ،

---

٦ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٨٣٩ صفحة ٤٥٣ – وكولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٢٣٤ صفحة ٢٢١ .

قد أوفى ديناً يجهل أنه ساقط بالتقادم أو أدى التزاماً معنوياً ، كنفقة لقريب ، ظناً منه أنه ملزم بوفاء مثل هذا الالتزام . وبهذا قالت المادة ٧٣ « الدفع الذي يتم تنفيذاً لدين سقط بالتقادم أو لالتزام معنوي ، لا يخول الاسترداد إذا كان الدافع متمتعاً بأهلية التصرف على سبيل التبرع ، ولو كان يعتقد عن غلط أنه ملزم بالدفع ، أو كان يجهل واقعة التقادم » .

ويقع طبعاً بمنزلة الدفع ، كما سبق بيانه[٧] ، كل عمل يعادل الوفاء كالوفاء بمقابل ، أو التجديد ، أو الإنابة ، أو المقاصة ، أو إقامة إحـــدى الضمانات ، أو تسليم سند يتضمن الاعتراف بالدين أو أي سند آخر يهدف إلى إثبات وجود الالتزام أو التحلل منه (المادة ٧٤) .

(ب) أما إذا كان الموفي قـد قـام بالوفاء وهو على بينة من أنه ليس مديناً وليس ملزماً بدفع مـا دفع ، فإن فكرة دفع غير المستحق لا تتحقق ، ولا يجوز للموفي استرداد ما دفع . وهذا ما أعلنته صراحة المادة ٦٩ إذ قالت : « من دفع باختياره ما لا يلزمه ، عالماً بذلك ، فليس له أن يسترد ما دفعه » . فلو أنني مثلاً دفعت ديناً سقط بالتقادم وأنا محيط بهذه الواقعة وعالم إذن بأنني غير ملزم بالوفاء بمثل هذا الدين ، فلا أعتبر أنني دفعت ما ليس مستحقاً علي، ولا أستطيع بالتالي المطالبة باسترداد ما دفعت .

(ج) وكذلك لا محل لاسترداد ما دفع لسبب لم يتحقق كما في دفع دين معلق على شرط واقف ، إذا كان من قام بالوفاء يعلم ، عند الوفـاء ،

---

٧ راجع نبذة رقم ٢٩٠ أعلاه .

استحالة تحقق هذا الشرط أو كان هو قد حال دون تحققـه (المادة ٧١) . فلو تعهدت مثلاً بدفع مبلغ من المال لقريبة متزوجة شرط أن يلد لهـا ولد ، ودفعت لها المبلغ رغم ثبوت عقمها ، لامتنع علي استرداد ما دفعت بحجة عدم تحقق الشرط ، لأنني إنما دفعت المبلغ وأنا عالم باستحالة تحقق هذا الشرط . وكذلك لو تعهد مالك لسمسار بأن يدفع له مبلغاً من النقود إذا نجح السمسار في بيع عقار للمتعهد بثمن حدده له ، ووجد السمسار مشترياً بهذا الثمن ، وامتنع صاحب العقار عن بيعه عمداً ، ثم دفع للسمسار المبلغ الذي وعده به ، لما جاز له استرداد مـا دفع ، ولو أن المبلغ كان معلقاً دفعه على إنجاز البيع ، وهو شرط لم يتحقق ، وذلك لأن المالك هو الذي حـال دون تحقـق الشرط .

الفرع الثاني

آثار دفع غير المستحق

٢٩٨ – (آ) إن الأثر الذي يترتب على دفع غير المستحق هو إعطاء الموفي الحق في أن يسترد ما دفعه بدعوى استرداد غير المستحق .

وجدير بالذكر أن المشرع المغربي ، رفعاً لكل خلاف يمكن أن ينشأ حول قبول دعوى استرداد غير المستحق في الحـالة التي يطالب فيهـا الموفي باسترداد مـا دفعـه وفاء لالتزام مخالف للقـانون أو للنظام العام أو لحسن الآداب ، قـد أجـاز صراحة في المـادة ٧٢ حق الاسترداد في مثل هـذه الحالة .

(ب) على أن هنـــاك حالة يكون فيها الموفى له غير ملزم بالرد ورد عليها النص في المـــادة ٦٨ وهي حالة مـــا إذا كان الموفى له وبحسن نية ونتيجة الوفاء الذي حصل له ، قد أتلف أو أبطل سند الدين أو تجرد من ضمانات دينه أو ترك دعواه ضد المدين الحقيقي تتقادم .

ففي مثل هذه الحالة يفقد الموفي كل حق له قبل الموفى له ، ولا يكون له إلا الرجوع على المدين الحقيقي .

(ج) بقي علينا لفت النظر إلى أن القواعد التي قررناها في حقل الإثراء بلا سبب تطبق في حقل دفع غير المستحق :

– سواء من حيث رد الشيء إذا كان ما زال موجوداً لدى الموفى له[٨] .

– أم من حيث التفريق بين الموفى له حسن النية والموفى له سيء النية بالنسبة للالتزام برد الثمار[٩] ، وبالنسبة لهلاك الشيء أو تلفه[١٠] ، وبالنسبة لبيـــع الشيء[١١] .

---

٨ راجع نبذة رقم ٢٨٤ أعلاه .
٩ راجع نبذة رقم ٢٨٤ أعلاه .
١٠ راجع نبذة رقم ٢٨٥ أعلاه .
١١ راجع نبذة رقم ٢٨٦ أعلاه .

البابُ الرابع

العَمَل غيرالمشْروع
أو
المسْؤوليّة التقصِيريّة

٢٩٩ – **نظرة عامة** : (آ) إذا أخل أحد بالتزام يقع عليه ترتبت على هذا الإخلال مسؤوليته المدنية (responsabilité civile) . وهـذه المسؤوليـة المدنية على نوعين : مسؤولية عقديـة (responsabilité contractuelle) ومسؤولية تقصيرية (responsabilité délictuelle) .

فالمسؤولية تكون مسؤولية عقدية إذا كان الالتزام الذي أخـل به مصدره العقد . وتكون المسؤولية مسؤولية تقصيرية إذا كان الالتزام الذي أخل بـه مصدره العمل غير المشروع (acte illicite) .

(ب) والعمل غير المشروع الذي تترتب عليه المسؤولية المدنية التقصيرية هو غير العمل الجرمي (délit pénal) الذي تترتب عليه المسؤولية الجنائيـة (responsabilité pénale). لذا يجب التمييز جيداً بين هذا العمل وذاك : ففي العمل الجرمي يلحق الضرر بالمجتمع كله ؛ أما في العمل غير المشروع فالضرر يصيب فرداً من هـذا المجتمع . ويترتب على هذا الفارق نتائج هامة منها :

أولاً – ما دام العمل الجرمي يمس سلامة المجتمع وأمنه ، كان جزاؤه عقوبة توقع على الشخص المسؤول زجراً له وردعاً لغيره . أما العمـل غير المشروع فهو يلحق ضرراً بالفرد ، لذا كان الجزاء فيه تعويضاً يؤخذ من مـال المسؤول .

ثانياً – النيابة العامة الممثلة للمجتمع هي التي تطالب بالجزاء في العمل الجرمي ، بينما المضرور نفسه هو الذي يطالب بالتعويض عن الضرر الذي ألحقه به العمل غير المشروع .

ثالثاً – لما كانت العقوبة في المسؤولية الجنائية من شأنها الحد من الحرية

الشخصية كان من الضروري ، ضماناً لحريات الأفراد ، أن تحدد على وجه الدقة الجرائم والعقوبات . من هنا كان المبدأ الأساسي القائل بألا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ، والذي يترتب عليه أن مسؤولية الشخص الجنائية لا تتحقق إلا إذا ارتكب عملاً تحرمه القوانين الجنائية . أما المسؤولية التقصيرية فتترتب على أي عمل غير مشروع يخل بالالتزام القانوني العام الذي يقضي بعدم الاضرار بالغير . ومن ثم فليست هناك حاجة إلى حصر الأعمال غير المشروعة التي تولد هذه المسؤولية ، بل إن هذا الحصر ليس أمراً مستطاعاً .

رابعاً – العمل الجرمي لا يجوز فيه الصلح ولا النزول لأن المسؤولية الجنائية حق المجتمع . أما العمل غير المشروع فيجوز فيه الصلح والنزول لأن المسؤولية التقصيرية هي حق للفرد .

خامساً – لئن كانت بعض الأفعال تتوفر فيها عناصر العمل الجرمي من جهة وعناصر العمل غير المشروع من جهة ثانية ، وتترتب عليها تبعاً لذلك المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية التقصيرية معاً ، كما في الجرائم التي تصيب الجسم أو النفس أو المال كالقتل والضرب والسرقة واساءة الأمانة ، فانه توجد أفعال تشكل أعمالاً جرمية تترتب عليها مسؤولية جنائية دون أن تشكل أعمالاً غير مشروعة تستتبعها مسؤولية تقصيرية ، كالجرائم التي لا تصيب أحداً بضرر ومثالها جرائم الشروع ، والتشرد ، والاتفاق الجنائي ، ومخالفات المرور ، بينما توجد على العكس أفعال تشكل أعمالاً غير مشروعة تترتب عليها مسؤولية تقصيرية دون أن تشكل أعمالاً جرمية تطالها القوانين الجنائية ، كما في المنافسة غير المشروعة ، وبيع ملك الغير ، والإهمال ، والتعسف في استعمال الحق .

سادساً – إذا وقع عمل ترتبت عليه المسؤولية الجنائية من جهة والمسؤولية المدنية من جهة ثانية ، فان الحكم الصادر في الدعوى الجنائية لئن كان يقيد القضاء المدني فيما أثبتته المحكمة الجنائية في حكمها من وقائع[1] ، فهو لا يقيده بالتكييف القانوني لهذه الوقائع كما هو لا يقيده إذا كان حال دون المتابعة الجنائية حائل قانوني أو قام مانع منع من إيقاع العقوبة بالجاني : وعليه ، إذا كانت المحكمة الجنائية قد استندت في حكمها بالبراءة إلى أسباب ترجع إلى التكييف القانوني للوقائع المنسوبة إلى المتهم ، كأن قدرت مثلاً أن الاهمال الثابت صدوره من المتهم لا يصل إلى درجة الاهمال الجنائي ، أو إذا كانت الدعوى العمومية قد سقطت بموت المتهم أو بعفو عام أو بالتقادم ، أو

١ نعني بتقيد القضاء المدني فيما أثبتته المحكمة الجنائية في حكمها من وقائع أن المحكمة الجنائية إذا ما قضت بإدانة الجاني لثبوت الوقائع المنسوبة اليه ، فإنه لا يجوز للقاضي المدني أن يحكم بعدم ثبوت هذه الوقائع في حق الجاني ، بل يجب عليه أن يسلم بثبوتها وبالتالي أن يقضي بالتعويض على الجاني لمصلحة المجني عليه . ونعني بذلك أيضاً أن المحكمة الجنائية إذا ما قضت ببراءة المتهم لعدم ثبوت الوقائع المنسوبة إليه ، فإنه يترتب على القاضي المدني التقيد بهذا الحكم ويمتنع عليه بالتالي الحكم بثبوتها . وقد ورد بهذا المعنى في قرار للمجلس الأعلى أن المقصود بكون الحكم الصادر عن المحاكم الجنائية له قوة الشيء المقضي به وملزم للمحاكم المدنية هو أنه « يتعين على المحاكم المدنية اعتبار ما قضت به المحاكم الجنائية فيما يتعلق بوجود الحادث الجنحي ووصفه إدانة أو براءة من نسب إليه » (المجلس الأعلى الحكم المدني عدد ١٦٩ تاريخ ١٢ ابريل ١٩٦٩ مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد العاشر اكتوبر ١٩٦٩ صفحة ٢٩) . وورد في قرار لمحكمة النقض في سورية أن « القضاء المدني مقيد بما يبت به القضاء الجزائي من جهة تحديد المسؤولية الكاملة في حادث دهس » (محكمة النقض السورية قرار رقم ١١٠ تاريخ ١٩٥٩/٢/٨ مجلة القضاء والقانون العدد ٢٤ دجنبر ١٩٥٩ صفحة ٣٥١) .

كان هناك مانع من توقيع العقوبة لكون السارق مثلاً إبناً للمسروق ، فإن ذلك لا يمنع القاضي المدني من إثبات المسؤولية المدنية التقصيرية[٢] . وتطبيقاً لهـذه المبادىء قرر القضاء في المغرب أن الحكم الصادر عن القضاء الجنائي والمتضمن براءة مالك سيارة ملاحق بجرم تسبب جروح للغير إثر حادث اصطدام ، لا يمنع من اعتبار مالك السيارة مسؤولاً أمام القضاء المدني عما أورثه حـادث الاصطدام من أضرار للمضرور . وقد عللت المحكمة قرارها قائلة إن المسؤولية المدنية التي رتبتها المادة ٨٨ على حارس الشيء مستقلة عن الخطـأ الجرمي[٣] . وفي قرار للمجلس الأعلى « أن القاضي الجزائي إذا ما أصدر حكماً بالبراءة للشك الذي تولد لديه في صدد مسؤولية المتهم ، فان حكمه حتى لو تضمن في حيثياته ما يشير إلى أن الأعمال المسندة إلى المتهم تسمح بالتعويض المدني ، لا يمكن أن يلزم القاضي المدني من حيث ترتيب أو عدم ترتيب المسؤولية المدنية بل تبقى له حرية التقدير كاملة »[٤] .

---

٢ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة ٤١٠ صفحة ٢١٢ – والسنهوري الوسيط ، صفحة ٧٤٧ وما بعدها – وعبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام الجزء ٢ نبذة رقم ٦٢٢ صفحة ٨ و ٩ .

٣ محكمة الاستئناف في الرباط قرار رقم ٥٦٤٠ تاريخ ١٨ اكتوبر ١٩٦٤ ، مجموعة قرارات محاكم الاستئناف في المغرب العدد ١٧٥ – ١٧٦ يوليوز – ديسمبر ١٩٦٤ صفحة ٤٩٣ .

٤ المجلس الأعلى (الغرفة الجزائية) قرار رقم ٥٦٢٣ تاريخ ١٧ – ١١ – ١٩٦٤ ، مجموعة قرارات محاكم الاستئناف في المغرب العدد ١٧٥ – ١٧٦ يوليوز – ديسمبر ١٩٦٤ صفحة ٤٤٨ .

٣٠٠ – **المسؤولية التقصيرية في قانون الالتزامات والعقود المغربي :**

خص قانون الالتزامات والعقود المغربي للمسؤولية التقصيرية المواد ٧٧ إلى ١٠٦ .

وقد سار المشرع المغربي على غرار المشرع الفرنسي فأقر نظرية المسؤولية الشخصية المبنية على خطأ واجب الاثبات (responsabilité subjective à base de faute prouvée) ثم تناول حالات من المسؤولية الموضوعية التي لا تستلزم إثبات الخطأ بل تقوم على خطأ مفروض وجوده (responsabilité objective à base de présomption de faute).

وهذه الحالات من المسؤولية الموضوعية هي حالات المسؤولية عن فعل الغير (responsabilité du fait d'autrui) باستثناء حالة مسؤولية المعلمين عن الضرر الحاصل من الطلاب[٥] ، وحالات المسؤولية الناشئة عن الأشياء والحيوان (responsabilité du fait des choses et des animaux).

وبالاضافة إلى ما ذكر عالج المشرع المغربي ، في البحث الذي خصه « للالتزامات التي تنشأ عن الجرائم وأشباه الجرائم » ، حالات خاصة من المسؤولية التقصيرية هي :

(آ) مسؤولية موظفي الدولة والبلديات ومسؤولية الدولة والبلديات .

(ب) مسؤولية القاضي الذي يخل بمقتضيات منصبه .

(ج) مسؤولية حائز الشيء .

---

٥ إن مسؤولية المعلمين عن الضرر الحاصل من الطلاب لا تقوم على خطأ مفترض بل تتوقف على إثبات الخطأ في جانب المعلم وفقاً للقواعد العامة المطبقة في حقل المسؤولية الشخصية .

٣٠١ - **مخطط البحث** : سنبدأ البحث في المسؤولية عن العمل الشخصي ، ثم نبحث في المسؤولية عن فعل الغير ، ثم في المسؤولية الناشئة عن الحيوان والأشياء ثم في بعض حالات خاصة من المسؤولية .

وعليه سنقسم هذا الباب إلى أربعة فصول :

الفصل الأول : المسؤولية عن العمل الشخصي .

الفصل الثاني : المسؤولية عن فعل الغير .

الفصل الثالث : المسؤولية الناشئة عن الحيوان والأشياء .

الفصل الرابع : حالات خاصة من المسؤولية التقصيرية .

الفصل الأول

المسؤولية عن العمل الشخصي

٣٠٢ – **مخطط البحث** : يجب أن نبحث في شروط المسؤولية عن العمل الشخصي ثم في الآثار التي تترتب على هذه المسؤولية .

وعليه سنقسم هذا الفصل إلى فرعين :

الفرع الأول : شروط المسؤولية عن العمل الشخصي .

الفرع الثاني : آثار المسؤولية عن العمل الشخصي .

الفرع الأول

شروط المسؤولية عن العمل الشخصي

٣٠٣ – نصت المادة ٧٧ من قانون الالتزامات والعقود على أن « كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار ومن غير أن يسمح به القانون فأحدث ضرراً مادياً أو معنوياً للغير ، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر » .

فمن هذا النص يتبين أن المسؤولية عن العمل الشخصي تتطلب توافر ثلاثة

شروط : ارتكاب شخص خطأ ، ونشوء ضرر عن هذا الخطأ لشخص آخر ، وقيام علاقة سببية بين الخطأ والضرر .

وسنبحث هذه الشروط في المباحث الثلاثة التالية :

المبحث الأول : الخطأ .

المبحث الثاني : الضرر .

المبحث الثالث : علاقة السببية بين الخطأ والضرر .

المبحث الأول

الخطأ

٣٠٤ – **تعريف الخطأ ومختلف أنواعه** : يقصد بالخطأ في المسؤولية التقصيرية إخلال الشخص بالتزام قانوني مع إدراكه لهذا الاخلال . والخطأ بهذا المعنى على أنواع :

(آ) فهو من جهة إما أن يكون خطأ عمداً ، ويسمى اصطلاحاً « جرماً » (délit) وإما أن يكون خطأ بإهمال ، ويسمى عندها شبه جرم (quasi-délit) .

فالخطأ العمد (délit) هو الذي يقع بقصد الإضرار بالغير كأن يأخذ أحد ساعة آخر ويرمي بها أرضاً فيكسرها . وقد أشار المشرع إلى الخطأ العمد في المادة ٧٧ حينما تكلم عن الفعل الضار الذي « يرتكبه الإنسان عن بينة واختيار فيحدث ضرراً للغير » .

والخطأ باهمال (quasi-délit) هو الذي يقع بدون قصد الاضرار كأن يزلق أحد ويسقط على مال آخر فيتلفه أو كأن تهمل الدولة اصلاح انهيار وقع في طريق عمومية ولا تنبه إليه فتسقط سيارة في مكان الانهيار وتلحق بها أضرار حيث قرر المجلس الأعلى اعتبار الدولة مسؤولة عن ذلك لاخلالها بواجب صيانة الطرق العامة[1] . وقد أشار المشرع إلى الخطأ باهمال في المادة ٧٨ حينما عرض للخطأ الذي يرتكب « من غير قصد إحداث الضرر » .

وسواء كان الخطأ خطأ عمداً أم كان خطأ باهمال فان المسؤولية تترتب على مرتكبه في الحالتين وإن كان القاضي يميل من الناحية العملية إلى زيادة التعويض في حالة الخطأ العمد عنه في حالة الخطأ باهمال[2] .

(ب) والخطأ من جهة ثانية إما أن يكون خطأ إيجابيا (faute par commission) وإما أن يكون خطأ سلبياً (faute par omission) .

فالخطأ الايجابي هو الذي يكون فعل المخطيء فيه عملاً إيجابياً ، أو حسب ما ورد عليه النص في المادة ٧٨ هو الذي يقوم على « فعل ما كان ينبغي الامتناع عنه » كأن يتلف أحد مال الغير أو يصدم سائق سيارة أحد المارة فيصيبه برضوض وجروح .

والخطأ السلبي هو الذي يكون فعل المخطيء فيه عملاً سلبياً ، أو حسب

---

١ المجلس الأعلى (الغرفة الادارية) قرار رقم ٥٥٨١ تاريخ ١٦ – ٣ – ١٩٦٣ ، مجموعة قرارات محاكم الاستئناف في المغرب العدد رقم ١٧٣ – ١٧٤ يناير – يونيو ١٩٦٤ صفحة ٣٤٧ .

٢ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٤٠٩ صفحة ٢١١ .

تعبير المشرع في المادة ٧٨ هو الذي يقوم على « ترك ما كان يجب عمله » كأن يهمل سائق السيارة إضاءة مصباح سيارته ليلاً ويسبب حادث اصطدام بسيارة أخرى ، أو كأن يتوانى المالك عن إصلاح حائط له فينهار الحائط ويتلف مزروعات الجار .

(ج) والخطأ من جهة ثالثة إما أن يكون خطأ جسيماً (faute grave, lourde) وإما أن يكون خطأ يسيراً (faute légère) .

فالخطأ الجسيم هو الذي لا يرتكبه إلا شخص غبي . مثل ذلك أن يقود السائق سيارته ليلاً بسرعة فائقة ودون إضاءة أنواره فيتسبب في حادث اصطدام ، أو يطلق الصياد نار بندقيته باتجاه مكان آهل بالناس فيصيب أحدهم بجروح .

والخطأ اليسير هو الذي لا يرتكبه شخص متوسط الفطنة والذكاء . مثل ذلك أن يهمل المالك صيانة حائط حديقته فينهار الحائط ويتلف مزروعات الجار .

ويستوي الخطأ الجسيم والخطأ اليسير من حيث استتباع المسؤولية وإن كان القضاء هنا ، كما في حالتي الجرم وشبه الجرم ، يميل من الناحية العملية إلى زيادة التعويض في حالة الخطأ الجسيم ، عنه في حالة الخطأ اليسير[٣] ، ولا سيما أن المشرع المغربي أوصى القاضي ، عندما يجنح إلى تقدير التعويض أن يراعي في ذلك ما إذا كان المسؤول ارتكب خطأً عادياً أم تدليساً (الفقرة

٣ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٤٢٧ صفحة ٢٢٢ .

الثانية من المادة ٩٨ من قانون الالتزامات والعقود) .

يضاف إلى ذلك أن الحكم القانوني للخطأ الجسيم يختلف أحياناً عما هو عليه في الخطأ اليسير :

فهكذا عندما يرتكب كل من الطرفين المتخاصمين خطأ (كما في حالة اصطدام وقع ليلاً بين سيارتين إحداهما تسير جانحة بعض الشيء إلى اليسار والثانية تسير بسرعة جنونية دون اضاءة مصابيحها) تتخذ درجة جسامة الخطأ أهمية قصوى من حيث توزيع المسؤولية بين الطرفين : فقد توزع بنسبة الربع أو الثلث على أحدهما وبنسبة الثلثين أو الثلاثة أرباع على الآخر . بل قد يحصل أن يكون الخطأ الذي ارتكبه أحد الطرفين من الجسامة بحيث يغطي الخطأ اليسير الذي ارتكبه الطرف الثاني وتقع المسؤولية كاملة على مرتكب الخطأ الجسيم[٤] ، كأن ينتهز شخص يريد الانتحار فرصة مرور سيارة مسرعة ، فيلقي بنفسه تحت عجلاتها ويصاب بجروح . ففي هذه الحالة لا تترتب أي مسؤولية على سائق السيارة المسرعة لأن خطأه اليسير قد غطاه خطأ المضرور الجسيم الذي تعمد إلحاق الضرر بنفسه والذي يجب أن يتحمل وحده مسؤولية هذا الضرر .

وهكذا أيضاً درج القضاء في فرنسا على عدم ترتيب بعض المسؤوليات المهنية (responsabilité professionnelle) إلا إذا كان الخطأ المرتكب جسيماً جسامة خارقة: فالطبيب أو الجراح مثلاً لا يساءل إلا إذا ارتكب هفوة لا تغتفر .

---

٤ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٤٢٧ صفحة ٢٢٣ .

أما الخطأ العادي الذي يرتكبه في عدم تشخيص المرض مثلاً تشخيصاً كاملاً ، فإنه لا تترتب عليه المسؤولية[٥] .

٣٠٥ - **أركان الخطأ** : إن مفهوم الخطأ ، كما يتبين من التعريف الذي أوردناه ، يقوم على ركنين : الركن الأول ، ركن مادي ، وهو الفعل الذي ينطوي على إخلال بالتزام قانوني ، ويسمى اصطلاحاً « التعدي » (culpabilité)، والركن الثاني ، ركن معنوي ، وهو كون الفعل المخل بالالتزام القانوني قد ارتكب ممن يدرك أن عمله ينطوي على الاضرار بالغير ، ويسمى اصطلاحاً « الادراك » أو « التمييز » (discernement) .

وسنبحث في كل من هذين الركنين ثم نبين الحالات التي لا يكون فيها الخطأ سبباً للمسؤولية .

الركن المادي في الخطأ :

التعدي

٣٠٦ - **صور التعدي** : قلنا إن التعدي هو الاخلال بالتزام قانوني . ويمكن أن يتخذ هذا الاخلال إحدى صور ثلاث :

الصورة الأولى تتجلى في مخالفة نص قانوني .

والصورة الثانية تكون في مخالفة التزامات قانونية غير محددة في نصوص .

---

٥ نقض فرنسي قرار ١١ يناير ١٩٣٢ دالوز ١٩٣٢-١-١٣١ - وجوسران، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٤٢٧ صفحة ٢٢٣ - وسوردا ، الموسوعة العامة للالتزامات ، الجزء الأول نبذة رقم ٤٧٦ وما بعدها .

والصورة الثالثة تقع بمناسبة ممارسة الحق ممارسة تعسفية .

لنفصل الكلام في مختلف هذه الصور .

٣٠٧ – **الصورة الأولى : مخالفة نص قانوني** : إذا كان القانون قد نص على التزام محدد ، فالاخلال بهذا الالتزام يعتبر تعدياً يوجب المسؤولية . ويقصد بالنص القانوني هنا ، القانون الصادر عن السلطة التشريعية والأنظمة الصادرة عن السلطة التنفيذية بشكل ظهير أو قرار . فهكذا مثلاً يحرم القانون السرقة والضرب وأخذ مال الغير بدون سبب مشروع ، ويوجب على سائق السيارة أن يأخذ يمينه ويضيء نور سيارته ليلاً . فالاخلال بما نهى عنه القانون أو بما أمر به يعتبر من قبيل التعدي ويكون مداراً للمسؤولية .

وقد خص المشرع المغربي بالذكر في المادتين ٨٣ و ٨٤ بعض التزامات اعتبر الاخلال بها خطأ يوجب المسؤولية .

(آ) فالمادة ٨٣ نصت على أن مجرد النصيحة أو التوصية تترتب عليها مسؤولية صاحبها في الحالات الآتية :

١ – إذا أعطى النصيحة قصد خداع الطرف الآخر كأن ينصح أحد الغير ، على سبيل التضليل ، بشراء أسهم شركة بسعرها الرائج رغم علمه أن موازنة الشركة المعدة عن السنة الجارية تظهر خسائر فادحة وأن مجرد نشر هذه الموازنة سيسبب هبوطاً مريعاً في سعر الأسهم الموصى بشرائها . فالنصيحة المعطاة في مثل هذه الحالة خداعاً وتضليلاً ، تعتبر عملاً غير مشروع وترتب المسؤولية على

من صدرت عنه .

٢ - إذا كان من أعطى النصيحة ، بسبب تدخله في المعـاملة بحكم وظيفته ، قـد ارتكب خطأ جسيماً أي خطأ ما كان ينبغي أن يرتكبه شخص في مركزه ، ونتج عن هذا الخطأ ضرر للطرف الآخر كأن يهم أحد المتخاصمين بالطعن استئنافاً أمـام المحكمة الاقليمية بحكم صادر عن قـاضي السدد ، فيوعز إليه الكاتب المشرف على قلم المحكمة الاقليمية بتقديم مقاله الاستئنافي إلى المحكمة الاستئنافية مع أن مبادىء المسطرة توجب استئناف الأحكام التي يصدرها قضاة السدد أمام المحاكم الاقليمية . فكاتب المحكمة يعتبر هنا مرتكباً خطأً جسيماً بحق من أسدى له النصيحة ويسأل تجاهه عن الضرر الذي سيلحق به نتيجة رد استئنافه من قبل محكمة الاستئناف التي هي غير مختصة للنظر في مثل هذا الطعن .

٣ - إذا كان من أعطى النصيحة قـد ضمن نتيجة المعاملة كأن ينصح أحد غيره بشراء أسهم شركة ويضمن له أن تكون الصفقة رابحة . فإذا حصل أن مني المشتري بخسارة بدل جنيه الربح كان من حقه الرجوع بالضمان على من أعطاه النصيحة بالشراء .

وفي هذه الحالة تكون مسؤولية مسدي النصيحة مسؤولية عقدية لا مسؤولية تقصيرية لأنها ليست مبنية على عمل غير مشروع بل على اتفاق تم بين الطرفين وبمقتضاه التزم مسدي النصيحة بضمان نتيجة الصفقة .

(ب) والمادة ٨٤ رتبت المسؤولية على المنافسة غير المشروعة ، وعددت على سبيل المثال بعض الوقائع التي يمكن اعتبارها من قبيل المنافسة غـير

المشروعة ، كاستعمال اسم أو علامة تجارية تماثل تقريباً ما هو ثابت قانوناً لمؤسسة أو مصنع معروف من قبل ، أو لبلد يتمتع بشهرة عامة ، وذلك بكيفية من شأنها أن تجر الجمهور إلى الغلط في شخصية الصانع ، أو في مصدر المنتوج ، أو كأن يضاف إلى اسم إحدى السلع ألفاظ صناعة كذا ... أو وفقاً لتركيب كذا ... أو أي عبارة أخرى مماثلة تهدف إلى إيقاع الجمهور في الغلط إما في طبيعة السلعة أو في أصلها ، أو كحمل الناس على الاعتقاد أن شخصاً قد حلّ محل مؤسسة معروفة من قبل أو أنه يمثلها ، وذلك بواسطة النشرات وغيرها من الوسائل . وعلى هذا وتطبيقاً للمادة ٨٤ قرر المجلس الأعلى أن « تقليد العلامة التجارية بصورة تحدث التباساً في ذهن الزبناء يشكل منافسة غير مشروعة موجبةً للتعويض »[٦] .

٣٠٨ – الصورة الثانية : مخالفة التزامات قانونية غير محددة في نصوص : لا يقتصر الخطأ على الاخلال بالتزامات ورد عليها النص في القانون . فهناك التزامات قانونية كثيرة لم يحددها المشرع في نصوص ، وإنما هي من قبيل الواجبات العامة التي تفرض على الإنسان احترام حقوق الغير والامتناع عن إيذائه ، والتي لا سبيل إلى حصرها في نصوص . لذلك لم يكن هناك بد من تحديد معيار للسلوك الذي يجب أن يسلكه الشخص ، بحيث يعتبر انحرافه عن هذا السلوك تعدياً .

ولكن ما ضابط هذا المعيار ؟

---

٦ المجلس الأعلى الحكم عدد ٢٢٥ تاريخ ٧ مايو ١٩٦٩ مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد رقم ٨ صفحة ٣١ .

(آ) بعض الفقهاء اعتد بمعيار شخصي ، وقال بوجوب النظر إلى شخص المتعدي في ذاته والحكم على ما يصدر عنه في ضوء سلوكه . فإذا كان فعله انحرافاً عن هذا السلوك توفر الخطأ وإلا فلا . وبمقتضى هذا المعيار ، يختلف تقدير الخطأ باختلاف الأشخاص : فمن كان على درجة عالية من الفطنة والتبصر ، اعتبر أقل انحراف منه خطأ . ومن كان في مستوى عادي قدر انحرافه ، في ضوء المألوف بين جمهور الناس . ومن كان دون هذا المستوى فلا يعتبر مخطأ إلا إذا كان انحرافه كبيراً .

(ب) وفريق آخر من الفقهاء نبذ المعيار الشخصي ، لأنه يتطلب تقدير الانحراف بحسب سلوك الشخص ذاته ، وفي ضوء ما لديه من يقظة وفطنة وتدبير ، وهذه أمور يصعب الوصول اليها في معظم الحالات ، ناهيك أنها تختلف من شخص إلى آخر ، مما يؤدي إلى اختلاف المعيار باختلاف الحالات . ثم ما ذنب المضرور إذا كان الشخص المتعدي دون المستوى العادي ، وهناك ضرر قد لحق به ، والعدالة تتطلب أن يعوض عليه عنه . يضاف إلى ذلك أن التعويض جزاء مدني يصيب الشخص في ماله ، فيجب أن ينظر فيه إلى التعدي في ذاته .

لهذا ، كان الرأي المعول عليه فقهاً واجتهاداً ، هو الاعتداد بمعيار موضوعي ينظر فيه إلى سلوك شخص مجرد ، هو سلوك الشخص العادي الذي يمثل جمهور الناس ، وهو سلوك يقوم على الدرجة الوسطى من الفطنة والتبصر .

ومن فضائل هذا المعيار ، أنه يغنينا عن البحث في أمور خفية تتعلق بشخص المتعدي ويصبح ثابتاً بالنسبة إلى الكافة ، ولا يتغير من شخص إلى

آخر . وبهذا تنضبط الروابط القانونية وتستقر الأوضاع .

٣٠٩ – ولا نعني بالشخص العادي أي شخص كان ، بل هو شخص من نفس طائفة الشخص الذي وقع منه التعدي ، وفي نفس ظروفه الخارجية لا الداخلية .

والمقصود بقولنا من نفس طائفة المتعدي أننا إذا كنا بصدد انحراف وقع من سائق سيارة مثلاً فاننا نبحث في طائفة السائقين عن السائق العادي ، ونقارن مسلك السائق الذي وقع منه الانحراف بمسلك ذلك السائق العادي . فإن كان مسلك السائق المتعدي كمسلك السائق العادي من حيث اليقظة والانتباه لا يعتبر مخطئاً أما إذا كان دون ذلك فإنه يعتبر مخطئاً .

ومعنى أن يكون المتعدي في مثل ظروف الشخص العادي الخارجية دون الداخلية ، أنه لا يعتد بالظروف الداخلية لمن وقع منه الانحراف ، من حيث كونه مثلاً حاد المزاج ، ضعيف البصر ، بليد التفكير ... فالسائق العادي لا يكون حاد المزاج ، بل يكون هادئ الطبع ، ولا يكون ضعيف البصر بل يكون سليم البصر ، ولا يكون بليد التفكير بل حاضر الذهن .

أما الظروف الخارجية لمن وقع منه التعدي ، فيجب أن ننظر إليها عند مقارنة مسلكه بمسلك الشخص العادي : فإذا كان السائق الذي وقع منه التعدي يسوق ليلاً ، وجب أن ننظر إلى السائق في مثل هذا الظرف الزماني ، وهو الليل ، وبحسب ما يكون مسلك السائق الذي وقع منه التعدي ، من حيث اليقظة والانتباه مثل أو دون مسلك السائق العادي ، يعتبر غير مخطئ أو يعتبر مخطئاً . وكذلك إذا كان السائق المتعدي يقود السيارة في جو ممطر فوق أرض

مبتلة ، وجب أن ينظر إلى السائق العادي في مثل ذلك الظرف المكاني ، وهو الأرض المبتلة فان ظهر مسلكه موافقاً لمسلك السائق العادي في مثل ذلك الظرف المكاني لا يكون مخطئا . أما إذا كان مسلكه دون ذلك اعتبر مخطئاً .

وعلى ذلك يجب لتقدير ما إذا كان انحراف ما يشكل خطأ أم لا ، أن نضع الشخص الذي صدر منه الانحراف في الطائفة التي ينتمي اليها ثم نبحث في هذه الطائفة عن نموذج للشخص العادي ثم نقارن سلوك المنحرف بسلوك ذلك الشخص العادي معتدين بالظروف الخارجية التي رافقت وقوع الانحراف دون الظروف الداخلية[٧] .

٣١٠ – **الصورة الثالثة : ممارسة الحق ممارسة تعسفية** : إذا مارس شخص حقه وحصل أن أدت ممارسته حقه إلى الاضرار بالغير ، فهل يسأل عن هذا الضرر ؟

الأصل لا ، لأن المسؤولية التقصيرية تتطلب أن يكون الضرر نجم عن خطأ ، والخطأ لا يتوفر في الحالة التي يستعمل فيها الإنسان حقاً له دون أن يجاوز الحدود المرسومة لهذا الحق . وهذا ما أشار اليه المشرع المغربي في مطلع المادة ٩٤ إذ قال : « لا محل للمسؤولية المدنية إذا فعل شخص بغير قصد الاضرار ، ما كان له الحق في فعله » .

---

٧ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط صفحة ٨٧٢ وما بعدها – عبد الحي حجازي النظرية العامة للالتزام ، الجزء ٢ نبذة رقم ٦٥٦ صفحة ٣٦ و ٣٧ .

ولكن على سبيل الاستثناء ، يمكن أن يقع استعمال الحق على نحو يكون فيه الشخص مخطئاً . وهذا ما يسمى بإساءة استعمال الحق أو بالتعسف في استعمال الحق .

ويعتبر الشخص متعسفاً في استعمال حقه في الحالات التالية :

أولاً : إذا كان لم يقصد من وراء استعمال حقه سوى الإضرار بالغير . فالحقوق يجب ألا تستعمل إلا لجلب النفع أو دفع الضرر ، فإذا هي استخدمت لتكون معاول للهدم والبغي والحاق الأذى بالغير ، أصبحت شراً تلزم محاربته . لذلك فإن من يمارس حقاً ويتعمد الاضرار بالغير ، يكون مسؤولاً عن هـذا الضرر . وقد أقر المشرع المغربي ترتب المسؤولية على هذا النوع من التعسف في المادة ٩٤ . فهو إذ نفى في هذه المادة المسؤولية المدنية في الحالة التي « يفعل فيها شخص ، بغير قصد الاضرار ، ما كان له الحق في فعله » يكون عن طريق الاستنتاج بالمفهوم المخالف أقر بصورة واضحة ترتب المسؤولية على من يستعمل حقه بقصد الإضرار .

ومن الأمثلة على هذا النوع من التعسف ما قرره القضاء الفرنسي من « أن المالك إذا أقام فوق منزله مدخنة قصد الاضرار بالجار وحجب النور عنه فانه يحكم بازالتها »[٨] ، أو ما قرره من « أن المالك يعتبر متعمداً الاضرار بالجار إذا أحدث ضوضاء قصد تنفير الحيوانات ومنع الغير من الصيد في أرض مجاورة »[٩] .

---

٨ محكمة استئناف كولمار قرار ٢ مايو ١٨٥٥ دالوز ٥٦ – ٢ – ٥٩ .

٩ محكمة استئناف باريز قرار ٢ ديسمبر ١٨٧١ دالوز ١٨٧٣ – ٢ – ١٨٥ ، =

كذلك اتفق أن نظر القضاء في فرنسا بحالة شخص يملك أرضاً مجاورة إلى مكان للمناطيد ، وأقام على الحدود الفاصلة بينهما أنقاضاً وأكواماً من الخشب تقوم عليها قضبان شاهقة من الحديد تخترق الجو صعداً ، بقصد عرقلة طيران المناطيد وتمزيقها في الذهاب والاياب فقضت محكمة النقض الفرنسية أن هذا المالك قد تعسف في استعمال حقه في الملكية وأوجبت عليه الضمان[١٠] .

ثانياً : إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها صاحب الحق قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . وهذا ما قررته الفقرة الثانية من المادة ٩٤ بقولها « إذا كان من شأن مباشرة الحق أن تؤدي إلى الحاق ضرر فادح بالغير ، وكان من الممكن تجنب هذا الضرر أو إزالته ، من غير أذى جسيم لصاحب الحق ، فان المسؤولية المدنية تقوم إذا لم يجر الشخص ما كان يلزم لمنعه أو لايقافه » .

مثال ذلك أن يعمد مالك حائط إلى هدمه مختاراً ، دون عذر قوي ، إن كان هذا الهدم يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط . مثال ذلك أيضاً ، أن يتمسك المؤجر بالشرط الذي يمنع على المستأجر من النزول عن إيجار العين التي أنشيء فيها مصنع أو متجر ، إذا لم تكن له مصلحة يمكن أن تضار بسبب مخالفة الشرط ، في حين أن التمسك بالشرط يلحق ضرراً بالغاً بالمستأجر . وكذلك من تطبيقات هذا النوع من التعسف مطالبة مالك الأرض الذي تجاوز

= ومحكمة استئناف أميان قرار ٥ فبراير ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ - ٢ - ١٧٧ .

١٠ نقض فرنسي قرار ٣ أغسطس ١٩١٥ دالوز ١٩١٧ - ١ - ٧٩ .

عليها جاره بالبناء عن حسن نية تجاوزاً بسيطاً بهدم البناء واسترداد الأرض المتجاوز عليها . فالقضاء في سورية ، منعاً للتعسف ، جنح إلى استبعاد الحكم بالهدم والاستعاضة عنه بالزام الباني حسن النية بدفع ثمن الجزء المتجاوز عليه والحاق هذا الجزء بالبناء وذلك لأن تفاهة مقدار التجاوز تجعل البون شاسعاً ، لو تم الهدم ، بين ضرر المتجاوز وفائدة المتجاوز عليه[١١] .

ثالثاً : إذا كان صاحب الحق قد تجاوز في ممارسته حقه الحدود المألوفة . وقد أقر المشرع المغربي هذا النوع من التعسف في المادة ٩٢ . ففي هذه المادة منع على الجيران أن « يطلبوا إزالة الأضرار الناشئة عن الالتزامات العادية للجوار ، كالدخان الذي يتسرب من المداخن وغيره من المضار التي لا يمكن تجنبها والتي لا تتجاوز الحد المالوف » . وهو إذ منع عليهم ذلك يكون قد سمح لهم صراحة بأن يطلبوا إزالة الاضرار إذا تجاوزت الحدود المألوفة . وتطبيقاً لهذا المبدأ منحت المادة ٩١ للجيران في مواجهة أصحاب المحلات المضرة بالصحة أو المقلقة للراحة ، الحق في أن يطلبوا إما إزالة هذه المحلات ، وإما إجراء ما يلزم فيها من التغيير للقضاء على الاضرار التي يتظلمون منها ، وأوضح المشرع أن الترخيص الصادر من السلطات المختصة لا يحول دون مباشرة هذا الحق .

---

١١ محكمة النقض السورية قرار رقم ٣١ تاريخ ١٩٥٢/٢/١٣ مجلة القانون السنة الثالثة العدد ٧ صفحة ٤٩٨ ؛ وقرار رقم ٢٩٩ تاريخ ١٩٦٠/٤/١٢ مجلة نقابة المحامين بدمشق العدد الثاني لعام ١٩٦٠ صفحة ٥ .

الركن المعنوي في الخطأ

الإدراك أو التمييز

٣١١ – يجب لقيام الخطأ ، أن يكون من ارتكب التعدي مدركاً لهذا التعدي أي قادراً على التمييز بين الخير والشر ، والنفع والضرر ، فيدرك أن تعديه يلحق ضرراً بالغير .

فالتمييز إذن هو مناط المسؤولية التقصيرية : فهي تتحقق إذا وجد وتنعدم إذا فقد .

وقانون الالتزامات والعقود نص على ذلك بوضوح ، في المادة ٧٧ حيث اشترط لترتب المسؤولية على الأفعال التي تصدر عن الإنسان من غير أن يسمح له بها القانون أن تكون هذه الأفعال قد ارتكبت « عن بينة واختيار » وكذلك في المادتين ٩٦ و ٩٧ حيث أعلن أن القصر وذوي العاهات لا يسألون عن الأضرار الناتجة عن أفعالهم إلا « إذا توافرت لهم من التمييز الدرجة اللازمة لتقدير نتائج أعمالهم » .

فالقاعدة إذن أن الشخص غير المميز لا يكون مسؤولاً عن أعماله الضارة لأن الادراك عنصر ضروري لقيام الخطأ ، وعديم التمييز لا إدراك عنده فلا يمكن نسبة الخطأ إليه .

وتنطبق هذه القاعدة على كل شخص غير مميز .

(آ) فهي تنطبق على الصبي غير المميز أي من لم يتم الثانية عشرة من عمره . وعلى هذا قررت المادة ٩٦ ان « القاصر عديم التمييز لا يسأل عن الضرر الحاصل بفعله » .

(ب) وهي تنطبق على المجنون ما لم يثبت أن العمل الضار قد ارتكب والمجنون في حالة فترة إفاقة . وهذا ما أوضحته المادة ٩٦ إذ سوت بين فاقد العقل والصغير غير المميز في الحكم من حيث انتفاء المسؤولية التقصيرية « بالنسبة إلى الأفعال الحاصلة في حالة جنونه » . فإذا كان فاقد العقل محجوراً عليه ، اعتبر غير مسؤول ما لم يقم المضرور الدليل على أن العمل الضار ارتكبه المجنون وهو في فترة إفاقة . وإذا لم يكن محجوراً عليه ، فلا تنعدم مسؤوليته ، إلا إذا أقام هو أو من يمثله الدليل على وقوع الفعل الضار في حالة جنونه .

(ج) أما الصم البكم وغيرهم من ذوي العاهات فيسألون مبدئياً عن الأضرار الناجمة عن أخطائهم ، لتوافر الادراك عندهم ، ما لم يقم الدليل على أنهم لا يتمتعون بالدرجة اللازمة من التمييز لتقدير نتائج أعمالهم (المادة ٩٧) .

(د) وقد ينعدم التمييز لغير الصغر والجنون كما في حالة مرض النوم والاصابة بالصرع والإدمان على السكر . على أنه في مثل هذه الحالات يشترط لانتفاء مسؤولية الشخص ألا يكون فقدان التمييز راجعاً إلى خطأ منه . فمثلاً لو أن فقدان الوعي كان سببه المخدر فانه يفترض أن اقدام الشخص على تعاطي المخدر كان بخطأ منه فيكون مسؤولاً حتى يقيم هو الدليل على انتفاء خطأه كأن يثبت مثلاً أنه كان مضطراً لذلك لباعث مشروع كالعلاج . وبهذا المعنى

ورد في المادة ٩٣ أن « السكر ، إذا كان اختيارياً ، لا يحول دون المسؤولية المدنية في الالتزامات الناشئة عن الجرائم وأشباه الجرائم . ولا مسؤولية مدنية إذا كان السكر غير اختياري وعلى المتابع إثبات هذه الواقعة » .

٣١٢ – **ملاحظة هامة** : لئن كان المضرور من فعل عديم التمييز يمتنع عليه مقاضاة عديم التمييز لانتفاء مسؤوليته ، فان باستطاعته الرجوع على من تجب عليه رقابة عديم التمييز ، سواء أكانت هذه الرقابة واجبة بمقتضى القانون (كرقابة الأب أو الأم لابنائهما القصر المقيمين معهما أو رقابة الأب أو الأم أو غيرهما من الأقارب أو الأزواج للمجانين وغيرهم من مختلي العقل المقيمين معهم) ، أم كانت واجبة بمقتضى الاتفاق (كرقابة من يتحمل بمقتضى عقد برعاية أو برقابة المجانين وغيرهم من مختلي العقل) ذلك أن الرقيب يعتبر في هذه الحالة مسؤولاً عن خطئه في مراقبة عديم التمييز .

٣١٣ – **الاتجاه في التشريع الحديث يميل إلى مساءلة عديم التمييز تجاه المضرور** : يؤخذ على النظرية الشخصية ، التي تقيم المسؤولية على الخطأ ، أنها تؤدي إلى عدم مسؤولية فاقد التمييز لأنه لا يمكن أن ينسب إليه خطأ . وفي ذلك ما ينافي العدالة إذا امتنع على المضرور الحصول على تعويض عن الضرر الذي أصابه من فعل عديم التمييز إما لعدم وجود من هو مسؤول عنه ، وإما لأن المسؤول قد أثبت أنه لم يكن يستطيع منع وقوع ذلك الفعل الضار رغم عدم تقصيره في الرقابة . وتصبح منافاة العدالة صارخة إذا كان عديم التمييز واسع الثراء والمضرور فقيراً معدماً .

لذلك سرى تيار جديد في التشريع الحديث يقيم المسؤولية على أسس موضوعية مدارها فكرة تحمل التبعة ، بحيث يلزم كل شخص بالتعويض عن الاضرار التي يلحقها بالغير ، سواء صدر خطأ من جانبه أم لم يصدر . فالمعول عليه في النظرية الموضوعية هذه ، هو وقوع الضرر ليس إلا .

ومن التشريعات التي اعتنقت هذه النظرية الموضوعية ، القانون المدني الألماني[١٢] ، وقانون الالتزامات السويسري [١٣] ، والقانون المدني الايطالي الجديد[١٤] .

ومن الملاحظ أن التشريعين السوري والمصري رغم اعتدادهما بالنظرية الشخصية ، وعدم مساءلتهما الشخص عن أعماله غير المشروعة إلا إذا صدرت منه وهو مميز ، على ما ورد في الفقرة الأولى من المادة ١٦٤ من القانون المدني المصري والفقرة الأولى من المادة ١٦٥ من القانون المدني السوري ، فهما قد أخذا بقدر من النظرية الموضوعية على وجه الاستثناء في الفقرة الثانية من هاتين المادتين

---

١٢ تنص المادة ٨٢٩ من القانون المدني الألماني على أن من لا يكون مسؤولاً عن ضرر وقع منه يجب عليه مع ذلك – إذا لم يمكن الحصول على تعويض ممن تجب عليه رقابته – أن يعوض عن هذا الضرر بقدر ما تقضي به العدالة مع مراعاة الظروف وعلى الأخص مركز الطرفين .

١٣ تنص المادة ٥٤ من قانون الالتزامات السويسري على أنه إذا اقتضت العدالة ، يجوز للقاضي أن يحكم على عديم التمييز باصلاح كل أو بعض الضرر الذي وقع منه .

١٤ تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٠٤٧ من القانون المدني الايطالي الجديد بأنه عند عدم استطاعة المضرور الحصول على تعويض ممن تجب عليه رقابة عديم التمييز يجوز للقاضي ، على أساس الظروف الاقتصادية للطرفين أن يحكم على عديم التمييز بتعويض عادل .

وبمقتضاها « ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعياً في ذلك مركز الخصوم » .

الحالات التي لا يكون فيها الخطأ سبباً للمسؤولية

٣١٤ – **بيان هذه الحالات** : توجد حالات يتوفر فيها الخطأ ومع ذلك لا تترتب على هذا الخطأ أي مسؤولية . ويتحقق ذلك في ثلاث حالات ؛

الحالة الأولى : إعطاء بيانات غير صحيحة عن حسن نية ودون علم بعدم صحتها .

الحالة الثانية : مجرد النصيحة والتوصية في غير الحالات الوارد ذكرها في المادة ٨٣ .

الحالة الثالثة : الدفاع الشرعي .

وسنعرض تباعاً لمختلف هذه الحالات .

٣١٥ – **اعطاء بيانات غير صحيحة عن حسن نية ودون علم بعدم صحتها** : لقد نصت على هذه الحالة المادة ٨٢ بقولها : « من يعط بحسن نية ومن غير خطأ جسيم أو تهور بالغ من جانبه ، بيانات وهو يجهل عدم صحتها ، لا يتحمل أية مسؤولية تجاه الشخص الذي أعطيت له :

١ – إذا كانت له أو لمن تلقى البيانات مصلحة مشروعة في الحصول عليها .

٢ – إذا وجب عليه ، بسبب معاملاته أو بمقتضى التزام قانوني ، أن ينقل البيانات التي وصلت إلى علمه » .

فمن هذا النص يتبين أن من كان ملزماً بنقل بيانات وصلت إلى علمه (كما هو الحال بالنسبة للوكيل الملزم بموافاة موكله بالمعلومات الضرورية عما وصل اليه في تنفيذ الوكالة) ، أو من أعطى بيانات له مصلحة مشروعة في الحصول عليها (كما هو الحال بالنسبة لطبيب يعالج مريضاً) ، أو في تلقيها (كما هو الحال بالنسبة لأهل مريض يعالجه طبيب) ، لا يتحمل مسؤولية البيانات غير الصحيحة التي أعطاها في مثل هذه الحالات ، تجاه الشخص الذي أعطيت له ، ولو أحدثت له ضرراً شريطة :

(آ) أن يكون من أعطى البيانات حسن النية .

(ب) وأن لا يكون قد ارتكب خطأ جسيماً أو رعونة بالغة .

(ج) وأن يكون أعطاها وهو يجهل عدم صحتها .

٣١٦ – مجرد النصيحة أو التوصية في غير الحالات التي نصت عليها المادة ٨٣ : إن النصيحة أو التوصية ، إذا أحدثت ضرراً لمن أُسديت له رتبت المسؤولية على من أسداها في الحالات الآتية :

(آ) إذا أعطى النصيحة قصد خداع الطرف الآخر .

(ب) إذا كان بسبب تدخله في المعاملة بحكم وظيفته ، قد ارتكب

خطأ جسيماً أي خطأ ما كان ينبغي أن يرتكبه شخص في مركزه ، ونتج عن هذا الخطأ ضرر للطرف الآخر .

(ج) إذا ضمن نتيجة المعاملة .

أما في غير هذه الحالات الوارد عليها النص حصراً ، فإن مجرد النصيحة أو التوصية لا ترتب المسؤولية على صاحبها .

٣١٧ – **الدفاع الشرعي** : نصت المادة ٩٥ على أنه « لا محل للمسؤولية المدنية في حالة الدفاع الشرعي » ، وأوضحت أن حالة الدفاع الشرعي (légitime défense) هي « تلك التي يجبر فيها الشخص على العمل لدفع اعتداء حال غير مشروع موجه لنفسه أو لماله أو لنفس الغير أو ماله » .

فمن يحدث ضرراً للغير وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله لا يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يلحقه بالغير . على أنه لا بد ، حتى يتحقق ذلك ، من توفر الشرطين التاليين :

(آ) يجب أن يكون هناك اعتداء حال لا سبيل إلى دفعه إلا بايقاع الأذى بالمعتدي . ويستوي في ذلك أن يكون الاعتداء موجهاً لنفس المدافع أو ماله ، أو لنفس الغير أو ماله ، ممن لهم من المكانة والاعزاز في نفس المدافع ما يجعله يقوم بالدفاع عنهم .

(ب) يجب أن يكون الاعتداء الموجه للمدافع عملاً غير مشروع . أما إذا كان مشروعاً فلا يجوز دفعه . فالمجرم الذي يطارده الجندي للقبض عليه ، لا يحق له مقاومة الجندي بحجة الدفاع الشرعي . فإذا حصلت مثل هذه المقاومة وترتب عليها ضرر وجبت المسؤولية .

المبحث الثاني

الضرر

٣١٨ – **نظرة عامة** : (آ) لا يكفي لقيام المسؤولية التقصيرية وقوع الخطأ ، بل لا بد أن يترتب على هذا الخطأ ضرر ، وإلا انتفت مصلحة المدعي في ممارسة دعوى المسؤولية . لذا علق المشرع في المادتين ٧٧ و ٧٨ تحقق مسؤولية مرتكب العمل الضار على وقوع ضرر للغير . وعليه ، إذا ما انتفى الضرر ، انتفت المسؤولية ولو كان الخطأ مؤكداً . فمحكمة النقض الفرنسية ، في قضية أقامتها الدولة للمطالبة بالزام المسؤول عن حادث اصطدام سبب وفاة أحد موظفيها ممن لهم الحق في معاش تقاعدي ، بالتعويض عليها عن الضرر الذي أصابها من جراء اضطرارها لأن تخصص قبل الأوان معاشاً تقاعدياً لزوجة الموظف ، قد قررت رفض منح أي تعويض للدولة ، تأسيساً على أن المعاش التقاعدي الذي خصص للزوجة بصورة مبكرة هو أقل من المعاش التقاعدي الذي كان من حق الموظف الحصول عليه في الوقت المناسب لو بقي حياً ، الأمر الذي يترتب عليه التعادل بين هذا الوضع وذاك ، وينتفي معه وقوع الضرر الذي لا بد من تحققه لقيام المسؤولية التقصيرية[١٥] .

(ب) والمضرور هو الذي يتحمل عبء اثبات الضرر . وله في سبيل

---

١٥ نقض فرنسي قرار ١٠ نوفبر ١٩٣١ دالوز ١٩٣١ – ١ – ٥٧٢ .

ذلك استعمال جميع طرق الاثبات لأننا بصدد إقامة الدليل على واقعة مادية .

ثم إن التثبت من وقوع الضرر أمر يستقل بتقديره قاضي الموضوع ولا يدخل تحت رقابة محكمة النقض[١٦] .

٣١٩ - **ضرر مادي وضرر معنوي** : الضرر قد يكون مادياً فيصيب الإنسان من الناحية المالية ، وقد يكون أدبياً أو معنوياً فيصيب الإنسان في نواح معنوية تتعلق بشرفه أو سمعته أو كرامته أو شعوره أوعواطفه ..

والضرر بنوعيه المادي والمعنوي يعطي الحق في التعويض على ما نص عليه المشرع صراحة في المادتين ٧٧ و ٧٨ .

فلنبحث في مطلب أول في الضرر المادي ثم في مطلب ثان في الضرر المعنوي .

المطلب الأول

في الضرر المادي

٣٢٠ - **ماهيته** : الضرر المادي هو الذي يصيب الإنسان إما في ذمته المالية كأن يتلف شخص متاعاً أو مزروعات لآخر أو يلحق عيباً بمنقول أو عقار لغيره ، وإما في جسمه كجروح ورضوض يسببها سائق سيارة لأحد المارة

---

١٦ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٤٤٧ صفحة ٢٣٩ .

أو كنقل شخص مصاب بمرض من الأمراض السارية عدوى هذا المرض إلى شخص سليم[١٧] .

٣٢١ – **شروطه** : لا بد في الضرر المادي ، حتى يصلح أساساً للتعويض من توافر الشرطين التاليين :

الشرط الأول : يجب أن يصيب الضرر حقاً أو مصلحة مالية للمضرور .

الشرط الثاني : يجب أن يكون الضرر محققاً .

وسنبحث على التعاقب في هذين الشرطين .

٣٢٢ – **الشرط الأول : يجب أن يصيب الضرر حقاً أو مصلحة مالية للمضرور** : (آ) فقد يصيب الضرر حقاً للمضرور كالاعتداء على حياة الشخص ، أو الاعتداء على سلامة الجسم إذا كان من شأنه أن ينال من قدرة الشخص على الكسب أو يكبده نفقة في العلاج ، أو الاعتداء على أموال الشخص كحرق منزله أو اتلاف أثاثه ، أو بصورة أعم التعرض لحق من حقوقه العينية أو الشخصية والحد من المزايا المالية التي تتوفر للشخص بموجب هذه الحقوق .

ويحصل أحياناً أن يصيب الضرر شخصاً آخر نتيجة لاصابة المضرور . فالقتل يحدث ضرراً للمقتول إذ يحرمه من الحياة وهي أهم ما يحرص عليه

---

١٧ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٤٤١ صفحة ٢٣٥ .

الإنسان لأنها مصدر نشاطه وحيويته وكسبه وفقدانها يؤدي إلى حرمانه من جميع المتع والمباهج كما يؤدي إلى القضاء على العنصر الرئيسي الذي تعتمد عليه ثروته . والتعويض عن الضرر الذي أصاب المقتول بحرمانه من الاستمرار في الحياة يدخل في تركته ويوزع حسب الفريضة الشرعية دون ما حاجة لاثبات وقوع الضرر على الورثة لأن الضرر هنا وقع على المورث وليس على الورثة . ثم إن القتل يلحق ضرراً بأولاد المقتول وزوجته إذ يحرمهم من الشخص الذي يعولهم . فهؤلاء يصابون في حقهم في النفقة وهذا ضرر مستقل عن الضرر الذي أصاب المقتول نفسه ومن حقهم المطالبة بالتعويض عنه . أما إذا ثبت أن المقتول لم يكن يعولهم ، فلا ينشأ لهم حق شخصي في التعويض عن ضرر مادي لحق بهم ، وإنما يقتصر ما يطالبون به من تعويض عن الضرر المادي ، على ما أصاب المقتول نفسه إذ أن حق المقتول في هذا التعويض كما سبق بيانه ينتقل إلى الورثة . وعلى هذا فسخت محكمة الاستئناف في الرباط قراراً صدر عن المحكمة الابتدائية وتضمن منح تعويض لأبوي شخص قتل في حادث بحجة أنه كان يعيلهما وعللت الفسخ بقولها : «إن كون المقتول درج على إعطاء أبويه جزءاً من راتبه لا يكفي بحد ذاته لأن يثبت أنه كان يعيلهما ولا بد للحكم للأبوين بالتعويض ، من إقامة البينة على أن مساعدة الابن لأبويه كانت تحتمها الضرورة، لوجود الأبوين في حالة من الفاقة يستحيل معها عليهما سد حاجتهما المعيشية بوسائلهما الخاصة »[١٨] .

---

١٨ محكمة استئناف الرباط (الغرفة الثانية) قرار رقم ٥٦٤٨ تاريخ ٩ ديسمبر ١٩٦٤ مجموعة قرارات المحاكم الاستئنافية في المغرب العدد ١٧٥ – ١٧٦ يوليوز – ديسمبر ١٩٦٤ صفحة ٥١٠ .

(ب) وقد يصيب الضرر مجرد مصلحة مالية للمضرور . فلو أن شخصاً كان يعول قريباً لا تجب نفقته عليه ، ثم قتل هذا الشخص ، فإن القريب يضار من ذلك ليس في حق له إذ لا تجب نفقته على المقتول ، بل في مصلحة مالية . فإذا أثبت أن المقتول كان يعوله على نحو مستمر وأن فرصة الاستمرار في المستقبل كانت محققة قضي له بالتعويض . أما المصلحة المحتملة فهدرها لا يصلح أساساً للحكم بالتعويض ، كما في الضرر الذي يزعم شخص أنه أصابه من جراء قتل شخص كان يقدم له من وقت لآخر بعض الهدايا البسيطة التي كان من الممكن أن تتوقف بين يوم وآخر .[١٩]

ويشترط في المصلحة التي تمس ، أن تكون مصلحة مشروعة ، وإلا فلا يجوز الحكم بالتعويض . فهكذا مثلاً لا يسوغ للشخص الذي قبضت عليه قوى الأمن لجريمة ارتكبها ، أن يدعي أنه أصابه ضرر في حريته وفي مصالحه المالية ، وأن يطالب بناء على ذلك بتعويض من الشخص الذي أبلغ عنه ، ومكن قوى الأمن من القبض عليه . فلسنا هنا إزاء مصلحة مشروعة ، ما دام القانون نفسه يأمر بالقبض على المجرمين . وهكذا أيضاً رفض القضاء الفرنسي منح الخليلة تعويضاً عن الضرر الذي أصابها بقتل خليلها معللاً الرفض بأن مصلحة الخليلة في بقاء خليلها ليست مصلحة مشروعة[٢٠] .

---

١٩ نقض فرنسي قرار ٢ فبراير ١٩٣١ دالوز ١٩٣١ – ١ – ١١٣ – وجوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٤٣٩ صفحة ٢٣٤ .

٢٠ مجلس الدولة الفرنسي قرار ١١ مايو ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٩ – ٣ – ٦ ، وجوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٤٢٤ صفحة ٢٢٠ و ٢٢١ .

٣٢٣ – الشرط الثاني : يجب أن يكون الضرر محققاً : (آ) والضرر يعتبر محققاً إذا كان حـالاً (dommage actuel) أي وقع فعلاً كأن يكون المضرور قد مات أو أصابه جرح في جسمه أو لحق تلف في ماله .

وكذلك يعتبر الضرر محققاً إذا كان من قبيل الضرر المستقبل (dommage futur) أي الضرر الذي وإن كان لم يقع بعد إلا أنه محقق الوقوع في المستقبل كأن يصاب شخص بإصابة تعطله عن العمل في الحال ويكون من المؤكد ، فضلاً عن ذلك ، أنها ستؤثر في قدرته على العمل في المستقبل . فالتعويض في هذه الحالة يجب أن يشمل الضرر الحال والضرر الذي سيقع في المستقبل[٢١] .

(ب) وقد يستطيع القاضي أن يقدر الضرر جميعه الحال والمستقل فعندها يحكم بالتعويض الواجب كله دفعة واحدة .

وقد لا يكون بالمستطاع تقدير الضرر المستقبل في الحال ، لأنه يتوقف على أمر لم تتبين حقيقته بعد ، كما لو أصيب شخص ولم يعرف في الحال مدى ما سيكون لهذه الاصابة من أثر في قدرته على العمل في المستقبل . ففي هـذه الحالة يجوز للقاضي إما أن يحكم بالتعويض عن الضرر الحال ، ويحفظ

---

٢١ كولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ١٨٦ صفحة ١٧٤ – وجوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٤٣٩ صفحة ٢٣٤ – نقض فرنسي قرار ١٩ مارس ١٨٨٣ دالوز ١٨٨٤ – ١ – ٥٦ ، وقرار ١ يونيو ١٩٣٢ دالوز ١٩٣٢ – ١ – ١٠٢ .

للمضرور الحق في أن يطالب بالتعويض عن الضرر المستقبل ، وإما أن يؤجل الحكم بالتعويض حتى يتبين مدى الضرر كله الحال والمستقبل .

٣٢٤ – **وجوب التمييز بين الضرر المستقبل والضرر المحتمل** : يجب التمييز بين الضرر المستقبل والضرر المحتمل (dommage éventuel) فالضرر المستقبل محقق الوقوع لذلك يجب التعويض عنه . أما الضرر المحتمل فهو غير محقق الوقوع فقد يقع وقد لا يقع . لذلك لا يصح التعويض عنه وإنما يجب الانتظار إلى أن يقع . مثل ذلك أن يرتكب شخص عملاً يؤدي إلى إتلاف مزروعات جاره ويخشى معه أن تصبح الأرض غير صالحة للزراعة لعدة سنوات . ففي هذه الحالة يكون الضرر المحقق الذي يجب التعويض عنه هو التلف الذي أصاب المزروعات . أما عدم صلاح الأرض للزراعة فضرر محتمل لا يجب التعويض عنه إلا إذا وقع .

المطلب الثاني

في الضرر المعنوي

٣٢٥ – **ماهيته** : الضرر المعنوي أو الضرر الأدبي هو الذي يصيب الإنسان في ناحية غير مالية .

فهو قد يصيب الجسم من جراء جروح أو عاهات تحدث تشويهاً فيه وتسبب الألم في نفس المصاب .

وهو قد يصيب الشرف والاعتبار كما في حالة هتك العرض أو القذف أو السب أو النيل من السمعة .

وقد يصيب الضرر المعنوي شعور الإنسان وعاطفته كما في حالة الاعتداء على الأب أو الأم أو قتل الابن أو الزوجة وما يستتبع ذلك من حزن وأسى .

وقد يحصل أن يكون الضرر المعنوي مقترناً بضرر مادي كما في حالة جروح في الجسم تسبب تشويهاً وألماً في النفس وتورث عجزاً في القدرة على الكسب ، أو كما في حالة موت أب يسبب الحزن والأسى لزوجه وأولاده ويحرمهم فوق ذلك من معيلهم . فما يترتب من عجز على القدرة في الكسب في المثال الأول أو من فقدان المعيل في المثال الثاني يشكل ضرراً مادياً ، وما ينجم من تشويه وألم أو من حزن وأسى يؤلف ضرراً معنوياً .

وقد يقع الضرر المعنوي دون أن يكون مقروناً بضرر مادي كما في حالة النيل من السمعة والشرف أو في حالة القذف أو السب .

٣٢٦ - **الضرر المعنوي يعطي الحق في التعويض** : ذهب فريق من الفقهاء إلى أن الضرر المعنوي لا يتيسر التعويض عنه . وحجتهم في ذلك أن مثل هذا الضرر بطبيعته لا يقبل التعويض ، وأنه لو فرضنا ان المال يصلح عوضاً عن الضرر المعنوي ، فان تقدير التعويض أمر غير ممكن . ويضيفون إلى ذلك قولهم إن تقويم الضرر الذي يمس الشرف أو الكرامة أو الشعور أمر ينافي الأخلاق ويحط من المثل العليا .

وذهب فريق آخر إلى التمييز بين ضرر معنوي يجوز التعويض عنه وضرر معنوي لا يجوز فيه التعويض . فبعض هذا الفريق يرى أن التعويض يجب اقتصاره على الضرر المعنوي الذي يترتب على جريمة جنائية ، والبعض الآخر

يرى أن التعويض يجوز عن الضرر المعنوي الذي يصيب الشرف والاعتبار لأنه يؤدي إلى ضرر مـادي ولا يجوز عن الضرر المعنوي الذي يصيب العاطفة والشعور لأنه يشكل ضرراً معنوياً محضاً لا يختلط به ضرر مادي .

غير أن هذا النظر مردود من جميع وجوهه :

فلا صحة للقول بأن طبيعة الضرر المعنوي لا تقبل التعويض ، لأن التعويض لا يرمي إلى إزالة الضرر من الوجود ، إذ لو صح ذلك لتعذر التعويض عن كثير من الأضرار المادية . وإنما المقصود بالتعويض أن يتوفر للمضرور ما يخفف عنه أثر الضرر الذي أصابه .

ثم إذا كان في تقدير التعويض عن الضرر المعنوي صعوبة ، فإن هـذه الصعوبة في التقدير لا يصح أن تهدر حق المضرور في التعويض ، لا سيما وأن هذه الصعوبة قـد تعرض في تقـدير التعويض عـن بعض الاضرار المـادية .

وليس أخيراً في إعطاء التعويض عن الضرر المعنوي مساس بالأخلاق ، بل إن عدم مساءلة المخطيء الذي تسبب في الضرر هو الذي يشكل أمراً ينافي العدالة .

لذلك فإن الفقه والقضاء في فرنسا مجمعان اليوم على جواز التعويض عن الضرر المعنوي رغم انتفاء النص في القانون المدني الفرنسي[٢٣] .

---

٢٣ كولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ١٨٧ صفحة ١٧٥ – وجوسران الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٤٤٢ صفحة ٢٣٦ و ٢٣٧ .

وقد أخذ قانون الالتزامات والعقود المغربي بهذا الحل بنص صريح حيث ورد في المـادتين ٧٧ و ٧٨ أن كل شخص يسأل عن الضرر المادي والمعنوي الذي يحدثه للغير . لذلك نرى القضاء في المغرب يعتد في الضرر المعنوي ويقول بوجوب التعويض عنه . فهكذا مثلاً قرر القضاء أن الضرر المعنوي الناجم عن تشويه سببته جروح أصابت شاباً يبلغ من العمر خمساً وعشرين سنة يشكل عنصراً هاماً من عناصر تقدير التعويض الواجب منحه للمضرور[٢٤] . وهكذا أيضاً قرر القضاء أن ألم الوالدة التي شاهدت ابنتها – وقد دهستها سيارة – تقف مضرجة بدمائها ومسخنة بجروح بلغت من الشدة ما سبب وفاتها بعد ساعات من وقوع الحادث ، يشكل ضرراً معنوياً يوجب التعويض[٢٥] .

وجدير بالذكر ، أن صعوبة تقدير التعويض المعنوي ، لم يكن ليقف حائلاً دون اعتداد القضاء المغربي بهذا الضرر . فقد ذهب المجلس الأعلى إلى نقض قرار صادر عن المحكمة الابتدائية في الدار البيضاء لكونه اقتصر على منح الوالدين درهماً واحداً تعويضاً رمزياً عن الضرر المعنوي الذي لحق بهمـا بسبب تشويه ولدهما ، مؤكداً في معرض تعليله النقض ، أن صعوبة تقويم التعويض المعنوي مالياً لا يحل قاضي الجوهر من القيام بتقدير هذا التعويض

---

٢٤ محكمة استئناف الرباط (الغرفة الأولى) قرار رقم ٥٤٨٨ تاريخ ١٩٦٣/١١/٢٠ مجموعة قرارات المحاكم الاستئنافية في المغرب العدد ١٦٩ – ١٧٠ يناير – يونيو – ١٩٦٣ صفحة ٨١ .

٢٥ محكمة استئناف الرباط (الغرفة الأولى) قرار رقم ٥٦٠٨ تاريخ ١٩٦٤/٤/٢١ مجموعة قرارات المحاكم الاستئنافية في المغرب العدد ١٧٣ – ١٧٤ يناير – يونيو ١٩٦٤ صفحة ٤١٤ .

واقعياً في حدود طلب الجهة المدعية ، ومع الاعتداد بظروف القضية المعروضة عليه وبالأهمية الحقيقية للضرر ، وذلك حتى يضمن للمضرور لا تعويضاً رمزياً بل تعويضاً أقرب ما يكون لازالة أثر الضرر الواقعي[٣٦] .

٣٢٧ — **وجوب كون الضرر المعنوي محققاً** : لا بد في الضرر المعنوي من أن يكون ضرراً محققاً حتى يعطي الحق في التعويض شأنه في ذلك شأن الضرر المادي . أما الضرر المعنوي المحتمل فهو لا يكفي لمنح المضرور حق المطالبة بالتعويض . فلو أن شخصاً مثلاً كتب مقالاً ينال من سمعة إنسان واستبقى المقال في حوزته ولم ينشره ، فان الشخص المقصود في المقال لا يستطيع المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي يحتمل أن يلحق بسمعته فيما لو نشر المقال لأن الضرر المعنوي الذي يصلح أساساً للتعويض هو الضرر المحقق ، وأن المقال ما دام لم ينشر ، فالنيل من السمعة يبقى في حيز الضرر المحتمل الـــذي لا يسوِّغ الحكم بالتعويض .

٣٢٨ — **من له حق التعويض عن الضرر المعنوي** : القاعدة أن كل شخص يصاب بضرر معنوي يثبت له الحق في التعويض عنه ، شرط أن يقيم الدليل على أن مثل هذا الضرر قد أصابه . وإذا توفي المضرور ضرراً معنوياً بعد إقامة الدعوى بالمطالبة بالتعويض ، فان حقه في التعويض يؤلف جزءاً من ذمته المالية وينتقل إلى الورثة شأن سائر الحقوق الداخلة في هذه الذمة المالية .

---

٢٦ المجلس الأعلى (الغرفة الجزائية) قرار رقم ٥٥٣٦ تاريخ ١٩ ديسمبر ١٩٦٣ مجموعة قرارات المحاكم الاستئنافية في المغرب العدد ١٧١ — ١٧٢ يوليوز — ديسمبر ١٩٦٣ صفحة ٢٢١ .

وبهذا يحل الورثة محل مورثهم في المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي أصاب مورثهم[٢٧] .

على أن بعض التقنينات كالقانون المدني المصري والقانون المدني السوري[٢٨] حددت ، في حالة موت المصاب ، الأشخاص الذين يحق لهم المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي أصابهم في عواطفهم وشعورهم الشخصي بسبب موت من يحبون ، فحصرت هذا الحق بالزوج الحي وبأقارب الميت حتى الدرجة الثانية وهم الأبوان والجدان والجدتان والأولاد وأولاد الأولاد والاخوة والاخوات . وليس معنى ذلك أن القاضي يتعين عليه أن يحكم بالتعويض لهؤلاء جميعاً بحكم صلتهم بالميت ، وإنما هو يحكم بالتعويض لمن يثبت من هؤلاء أنه قد أصابه ألم حقيقي من جراء موت المصاب .

وفي فرنسا ، حيث لا يوجد نص مماثل للنص الوارد في القانونين السوري والمصري ، فان الاجتهاد يميل إلى منح حق التعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن موت المصاب ، للأقارب والاصهار دون ما تحديد درجة[٢٩] ، على أن

---

٢٧ محكمة استئناف الرباط (الغرفة الأولى) قرار رقم ٥٥٥٥ تاريخ ١٩٦٣/١١/١٢ مجموعة قرارات المحاكم الاستئنافية في المغرب العدد ١٧١ – ١٧٢ يوليوز – ديسمبر ١٩٦٣ صفحة ٢٦٨ .

٢٨ راجع المادة ٢٢٢ من القانون المدني المصري والمادة ٢٢٣ من القانون المدني السوري .

٢٩ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٤٤٢ صفحة ٢٣٦ – نقض فرنسي (الغرفة الجنائية) قرار ١٥ ديسمبر ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٤ – ١ – ٦٩ – محكمة استئناف إكس قرار ٦ مايو ١٨٧٢ دالوز ١٨٧٣ – ٢ – ٥٧ – ونقض فرنسي قرار ٢ فبراير ١٩٣١ دالوز ١٩٣١ – ١ – ٣٨ .

يكون للقاضي تقرير التعويض لمن يثبت من هؤلاء أن موت المصاب قد أورث له ألمـاً وأسى .

أما في قانون الالتزامات والعقود المغربي فلم يرد كذلك نص يحدد الأشخاص الذين يسوغ لهم المطالبة بالتعويض عما يصيبهم من ألم بسبب موت المصاب . فـالأمر إن متروك في حالة الضرر الناجم عن موت المصاب ، كما في سـائر حالات الضرر المعنوي ، لتقدير القـاضي الذي يعود له منح التعويض لمن يتبين له أنه يستحق الحصول عليه . على أن القضاء المغربي يحسن صنعـاً إذا هو اتبع في هذا الصدد النهج الذي سار عليه القضاء الفرنسي من حيث تضييق حلقة الأشخاص الذين يحق لهم المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي في حالة موت المصاب وقصر هذه الحلقة على الأقارب والأصهار دون غيرهم قصد عدم المغالاة في الادعاء بوقوع الضرر الأدبي .

المبحث الثالث

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

٣٢٩ – لا يكفي لقيام المسؤولية التقصيرية أن يكون هناك خطـأ من جهة وضرر من جهة أخرى . بل لا بد أن يكون الخطـأ هو الذي أدى إلى وقوع الضرر ، أو بعبارة أخرى لا بد من قيام الرابطة السببية بين الخطـأ الذي ارتكبه المسؤول ، وبين الضرر الذي أصاب المضرور .

وتتمتع محكمة الموضوع بسلطة تقديرية مطلقة في تعيين رابطة السببية بين الفعل والضرر[٣٠] .

ويترتب على وجوب قيام هذه الرابطة السببية النتائج الهامة التالية :

أولاً – الضرر المباشر وحده هو الذي يجب التعويض عنه ، لأن هذا الضرر هو وحده الذي تقوم علاقة السببية بينه وبين خطأ المسؤول .

ثانياً – تنتفي المسؤولية التقصيرية إذا كان الضرر قد نشأ عن خطأ المضرور نفسه أو عن حادث فجائي أو قوة قاهرة .

فلنبحث في الضرر المباشر ، ثم في خطأ المضرور ، ثم في القوة القاهرة أو الحادث الفجائي .

الضرر المباشر

(آ) قد يرتكب شخص فعلاً يفضي إلى سلسلة من الاضرار يعقب بعضها بعضاً . لنفرض أن شخصاً ترك بقرة ترعى في أرض جاره حيث كانت أبقار الجار ترعى هي الأخرى . وكانت هذه البقرة موبوءة فانتقلت منها العدوى إلى أبقار الجار ، فماتت جميعها . فلم يستطع صاحب هذه الأبقار من زراعة أرضه . فاحتاج إلى المال فاستقرض ولم يتمكن من سداد الدين في الاستحقاق

---

٣٠ المجلس الأعلى (الغرفة الجنائية) حكم رقم ١١٠٤ تاريخ ١١ ابريل ١٩٦٢ مجلة القضاء والقانون العدد رقم ٥٢ – ٥٣ صفحة ٨٩) .

فحجز الدائن أرضه وباعها بثمن بخس . فهل يسأل الجار صاحب البقرة الموبوءة عن جميع هذه الأضرار المتعاقبة ؟

(ب) في فرنسا اختلفت الآراء في الجواب على هذا السؤال .

ففريق من الفقهاء اعتبر المادة ١١٥١ من القانون المدني الفرنسي التي تلزم المدين بالضرر المباشر (dommage direct) دون الضرر غير المباشر (dommage indirect) خاصة بالمسؤولية التعاقدية ليس إلا . وعليه فهم قالوا بأن مرتكب الخطأ يسأل قبل المضرور عن جميع ما لحق به من أضرار سواء كانت أضراراً مباشرة أم كانت أضراراً غير مباشرة[٣١] .

وفريق آخر من الفقهاء رأى على العكس أن المادة ١١٥١ من القانون المدني الفرنسي ليست خاصة بالمسؤولية التعاقدية ، بل هي تطبق كذلك على المسؤولية التقصيرية . وتبعاً لذلك فهم يحصرون مسؤولية من ارتكب خطأ بالاضرار التي ترتبت مباشرة على الخطأ المرتكب دون الاضرار غير المباشرة .

وهذا الرأي الأخير هو الذي ينادي به معظم الفقهاء وهو المعول عليه[٣٢] .

---

٣١ دوموغ ، موسوعة الالتزامات الجزء ٤ نبذة رقم ٦٤٠ – اوبري ورو ، القانون المدني ، الجزء ٥ صفحة ٣٥٢ .

٣٢ هنري وليون مازو ، المسؤولية المدنية ، الجزء ٢ صفحة ٥٥٤ وما بعدها – لولا ، المسؤولية المدنية (الطبعة الرابعة) صفحة ٤٤٦ – هنري مازو ، شرح القانون المدني للسنة الثانية ١٩٥٥ – جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ تبذة رقم ٤٤٩ صفحة ٢٤٠ .

(ج) ويبدو أن المشرع المغربي قد أخذ بالرأي المذكور إذ أن المادة ٢٦٤ الواردة في القسم المتعلق « بأثار الالتزامات بوجه عـام » سواء كـانت عقدية أم كانت تقصيرية قـد نصت صراحة على وجوب الاعتداد بالضرر المباشر ليس إلا ، إذ هي في معرض تعريف الضرر قد قالت : « الضرر هو ما لحق الدائن من خسارة حقيقية وما فاته من كسب متى كانا ناتجين مباشرة عن عدم الوفاء بالالتزام » .

يضاف إلى ذلك أن المادتين ٧٧ و ٧٨ إذ قررتا مسؤولية مرتكب الفعـل الضار إزاء المضرور قد علقتا صراحةً ترتب هذه المسؤولية على كون « الخطأ هو السبب المباشر في حصول الضرر » .

وعليه فالذي يجب التعويض عنه هو الضرر المباشر . أما الضرر غـير المباشر فلا يؤخذ بعين الاعتبار . وقد ورد بهذا المعنى في قرار للمجلس الأعلى أنه « لا مجال للحكم بالتعويض إذا كان الفعل المنسوب للشخص ليس سبباً مباشراً لوقوع الضرر »[٣٣] .

(د) ويقصد بالضرر المباشر ما كان نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه المسؤول ، والذي لم يكن باستطاعة المضرور أن يتوقاه ببذل جهد معقول . فإذا طبقنا هذا المعيار على المثال الذي سقناه وجدنا أن الضرر المباشر يكمن في موت الأبقار التي انتقلت اليها العدوى إذا ثبت أن صاحب هذه الأبقار لم يكن

---

٣٣ المجلس الأعلى (الغرفة الجنائية) حكم رقم ١١٠٤ تاريخ ١١ ابريل ١٩٦٢ مجلة القضاء والقانون العدد رقم ٥٢ – ٥٣ صفحة ٨٩ .

بوسعه اتقاء هلاكها كأن لا يوجد في المنطقة طبيب بيطري يستطيع إنقاذها . أما الأضرار الأُخرى فهي أضرار غير مباشرة لا يجب التعويض عنها لأن صاحب الأرض كان في وسعه أن يتوقاها بجهد معقول وذلك كأن يستأجر مواشي أُخرى لزراعة أرضه . ولكنه قصر فعليه أن يتحمل تبعة تقصيره .

خطأ المضرور

٣٣١ – قد يكون الضرر الذي لحق بالمضرور نتيجة خطأ المضرور وحده (faute de la victime)وقد يكون هذا الضرر نشأ عن خطأ الطرفين المضرور من جهة والمدعى عليه في دعوى المسؤولية من جهة ثانية ، أو بعبارة أُخرى قد يكون الضرر نتيجة ما يسمى بالخطأ المشترك .

فعلينا إذن أن نبحث في هاتين الفرضيتين .

٣٣٢ – **فرضية خطأ المضرور وحده** : قد يحصل أن يثبت المدعى عليه ، في دعوى المسؤولية التقصيرية ، أن الضرر الذي يدعى به هو من فعل المضرور نفسه ، كما لو حاول شخص أن يركب القطار أثناء سيره – وهو ما تمنعه أنظمة المواصلات – فتزل قدمه فيسقط ويصاب بجروح ورضوض ، أو كما لو أن شخصاً أراد الانتحار فألقى بنفسه أمام سيارة يقودها صاحبها مراعياً أنظمة السير جميعاً ، فتدهسه السيارة فيموت .

ففي مثل هذه الحالات لا مكان للمسؤولية التقصيرية إذ المضرور هو الذي ألحق الضرر بنفسه . وعلى هذا أيّد المجلس الأعلى حكماً صدر عن

محكمة الموضوع نفت فيه كل مسؤولية عن المدعى عليه في حادث اصطدام أورث ضرراً للمدعي إذ تبين لهـا أن « السبب الرئيسي للاصطدام كان نشوؤه لا عن سرعة المدعى عليه ، بل عن الحركة غير المنتظمة للمضرور الذي لم يعلن عن تحويل اتجاهه إلا بعد أن أخذ في الشروع فيه » وعلل المجلس تأييده لحكم محكمة الموضوع بقوله « لا مجال للحكم بالتعويض إذا كان الفعل المنسوب للشخص ليس سبباً مباشراً لوقوع الضرر »[٣٤] .

٣٣٣ – **فرضية الخطأ المشترك** : قد ينشأ الضرر عن خطأ المدعى عليه في دعوى المسؤولية وعن فعل المضرور ، ويكون نتيجة ما يسمى « بالخطأ المشترك » . كما لو قاد شخص سيارته بسرعة تزيد على الحد المفروض ، فدهس شخصاً كان يعبر الطريق من مكان ليس مخصصاً لعبور المشاة ، أو كما لو حصل اصطدام بين سيارتين نتيجة خطأ سائقي هاتين السيارتين .

ففي مثل هذه الحالات الرأي السائد في التشريعات الحديثة[٣٥] وفي الفقه والقضاء في مختلف البلاد[٣٦] أن اشتراك المضرور بفعله في إحداث الضرر الذي

---

٣٤ المجلس الأعلى (الغرفة الجنائية) حكم رقم ١١٠٤ تاريخ ١١ ابريل ١٩٦٢ مجلة القضاء والقانون العدد رقم ٥٢ – ٥٣ صفحة ٨٩ .

٣٥ راجع المادة ٢٥٤ من القانون المدني الألماني ، والمادة ٤٤ من قانون الالتزامات السويسري ، والمادة ١٢٢٧ من القانون المدني الايطالي .

٣٦ فهكذا مثلاً قررت محكمة النقض الفرنسية أن إهمال المضرور لا يمكن أن يترتب عليه إعفاء محدث الضرر من كل مسؤولية إذا كان هذا الأخير قد ارتكب خطأ ساهم في وقوع الحادث (قرار ٢٨ فبراير ١٩١٠ دالوز ١٩١٣ – ١ – ٤٣١) . راجع في نفس المعنى : نقض فرنسي رقم ١٤ أغسطس ١٩٤٠ سيريه ١٩٤١–١–=

أصابه لا يترتب عليه عدم مساءلة المدعى عليه الذي ثبت خطؤه ، وإنما توزع المسؤولية بين الطرفين بحسب جسامة الخطأ الذي صدر من كل منهما . فإذا تبين مثلاً أن خطأ أحدهما ضعفا خطأ الطرف الثاني ، فانه يحكم على هذا الأخير بثلث التعويض ويتحمل الطرف الأخر بالثلثين .

وعليه إذا كان الضرر قد أصاب المضرور وحده ، كما في مثال الشخص الذي دهسته السيارة المسرعة وهو يعبر الطريق من مكان غير مخصص للمشاة وتبين أن خطأه ضعفا خطأ سائق السيارة ، فانه يحكم على هذا الأخير بنسبة خطأه أي في حدود ثلث التعويض . فلو أن الأضرار التي أصابت المدهوس قد بلغت ثلاثة آلاف درهم مثلاً ، فإن التعويض الذي يمكن أن يلزم به سائق السيارة هو ألف درهم ليس إلا .

أما إذا كان الضرر قد لحق بالفريقين ، كما في مثال اصطدام سيارتين تضررت كلتاهما ، وبلغ الضرر اللاحق بالسيارة الأولى مائتي درهم والضرر

= ١٢٦ – ونقض فرنسي قرار ١٨ نوفمبر ١٩٤٠ سيريه ١٩٤١ – ١ – ٣٩ – وجنائي فرنسي ٢٢ فبراير ١٩٥١ دالوز ١٩٥١ – ١ – ٤٠٠ .

وهكذا قررت محكمة النقض المصرية بأن اشتراك المجنى عليه في الخطأ المسبب للحادث مما يوجب توزيع المسؤولية على قدر الخطأ (قرار ٩ ابريل ١٩٥٥ مجلة المحاماة السنة ٣٦ العدد ٦ صفحة ٨١٥ رقم ٣٨٨ . راجع في نفس المعنى : نقض أهلي قرار ٢٥ ديسمبر ١٩٣٠ المحاماة السنة ١١ عدد ٨ صفحة ٨١٢ رقم ٤١٧ – ونقض جنائي أهلي ٢٨ نوفمبر ١٩٣٢ المحاماة السنة ١٣ عدد ٧ صفحة ٨١٥ رقم ٤٠١ – ونقض مدني قرار ٢٦ يناير ١٩٣٩ المحاماة السنة ١٩ عدد ٨ صفحة ١١٢٧ رقم ٤٤٧) .

اللاحق بالسيارة الثانية ألف درهم ، وكانت مسؤولية الحادث مشتركة بينهما بنسبة الثلث على سائق السيارة الأولى والثلثين على سائق السيارة الثانية ، فانـــه يحكم على كل سائق بنسبة من مجموع الاضرار اللاحقة بالسيارتين تتفق ونسبة مسؤوليته في الحادث . ولما كان مجموع هذه الأضرار يبلغ ألف ومائتي درهم ، وكانت نسبة خطـأ سائق السيارة الأولى هي في حدود الثلث ، فإنه يحكم عليه بأربعمائة درهم ويحكم على سائق السيارة الثانية بثمانمائة درهم . وبمـــا أن الأضرار اللاحقـــة بالسيارة الأولى قـــد بلغت مائتي درهم فان القـاضي يحكم من حيث النتيجة بالزام سائق هذه السيارة بأن يدفع لسائق السيارة الثانية مبلغ مائتي درهم حتى إذا أضفنا هذا المبلغ إلى ما أنفقه في سبيل تصليـــح أضرار سيارته وقدر ذلك مائتا درهم بلغ مجموع ما تحمله أربعمائة درهم ؛ وإذا طرحنا مبلغ المائتي درهم المحكوم بها لصالح سائق السيارة الثانية من أصل ما أنفقه في سبيل تصليح سيارته وقدر ذلك ألف درهم بلغ مجموع ما تحمله سائق هذه السيارة ثمانمائة درهم أي ضعف ما تحمله الفريق الآخر .

وتجدر الملاحظة إلى أنه لا بد من إقامة البينة على خطأ الضحية بحيث ما لم تقم هذه البينة أسندت المسؤولية كاملة إلى المتسبب في الحادث ولا مجال لتجزئتها بينه وبين الضحية[٣٧] .

على أن قاعدة توزيع المسؤولية في حالة الخطأ المشترك ، تستبعد عندمـا يكون أحد الفعلين متعمداً ، ويحل محلها مبدأ تحميل المسؤولية بالكامل إما

٣٧ المجلس الأعلى قرار رقم ١٢٢٤ تاريخ ١٥ نوفبر ١٩٦٢ مجلة القضاء والقانون العدد ٥٤ السنة السادسة صفحة ١٧٦ .

لمرتكب الفعل الضار وإما للمضرور رغم خطأ الطرف الآخر .

فهكذا مثلاً لو تعمد سائق سيارة أن يصدم سيارة أُخرى تسير على يسار الشارع فإن السائق – مرتكب الفعل الضار – يتحمل المسؤولية كاملة ولا يستطيع الاحتجاج بالخطأ الناجم عن سير السيارة على اليسار للتهرب من هذه المسؤولية ولو جزئياً .

وهكذا أيضاً لو أن شخصاً يريد الانتحار ، انتهز فرصة مرور سيارة تسير بسرعة فائقة تتجاوز الحد المقرر ، وألقى بنفسه تحت عجلاتها فأصيب بجروح ورضوض ، فلا تترتب أي مسؤولية على سائق السيارة لأن خطأه اليسير من حيث السرعة قد جبه خطأ المضرور الذي تعمد إحداث الضرر بنفسه ، والذي يجب أن يتحمل المسؤولية بالكامل .

القوة القاهرة والحادث الفجائي

٣٣٤ – مفهوم القوة القاهرة والحادث الفجائي : يفرق بعض الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه جوسران بين القوة القاهرة (force majeure) وبين الحدث الفجائي (cas fortuit) فيقولون إن القوة القاهرة والحدث الفجائي لئن كانا يتفقان من حيث أن كلا منهما حادث لا يد للإنسان فيه يستحيل دفعه ولا يمكن توقعه ، إلا انهما يختلفان من حيث أن القوة القاهرة حادث يأتي من الخارج ولا يتصل بنشاط المدين كعاصفة أو زلزال أو فيضان أو حالة الحرب أو ثورة أو أمر اداري (fait du prince)، في حين أن الحدث الفجائي حادث يأتي من الداخل فيكون متصلاً بنشاط المدين بحيث ينجم عن الشيء الذي

تتحقق به المسؤولية كانفجار آلة أو احتراق مادة أو انزلاق سيارة . وهم يضيفون أن القوة القاهرة وحدها تحول دون قيام المسؤولية . أما الحدث الفجائي فلا يمنع من تحققها[٣٨] .

والواقع أن التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي لا يستند إلى أساس صحيح . ولذلك نرى جمهور الفقه والقضاء لا يفرق بينهما .

والمشرع المغربي من جهته لم يفرق هو أيضاً بين القوة القاهرة والحادث الفجائي واعتبرهما على حد سواء من حيث عدم ترتيب المسؤولية إذ هو صرح في المادة ٩٥ من قانون الالتزامات والعقود أنه « لا محل للمسؤولية المدنية ... إذا كان الضرر قد نتج عن حادث فجائي أو قوة قاهرة لم يسبقها أو يصطحبها فعل يؤاخذ به المدعى عليه » .

وهذا الموقف الذي وقفه المشرع المغربي يتفق وموقف المشرع المصري والمشرع السوري ، اللذين سويا في الحكم بين القوة القاهرة والحادث الفجائي ، إذ قررا أن الشخص « إذا أثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، كحادث فجائي أو قوة قاهرة ... كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ... »[٣٩] .

٣٣٥ – **شروط القوة القاهرة والحادث الفجائي** : يشترط في حادث معين كيما يعتبر بمثابة قوة قاهرة أو حادث فجائي تنتفي معه المسؤولية التقصيرية ، أن تتوفر فيه الشروط الثلاثة التالية :

---

٣٨ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٤٥١ صفحة ٢٤١ و ٢٤٢ .

٣٩ راجع المادة ١٦٥ من القانون المدني المصري والمادة ١٦٦ من القانون المدني السوري .

الشرط الأول : يجب أن يكون الحادث أمراً لا يمكن توقعه . فإذا أمكن توقعه كفيضان نهر يحصل في أوقات دورية ، فلا يشكل قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً حتى ولو استحال دفعه .

الشرط الثاني : يجب أن يكون الحادث مما يجعل تفادي الضرر أمراً مستحيلاً لا يستطاع دفعه . ونقصد بالاستحالة هنا لا الاستحالة بالنسبة لشخص المسؤول فحسب بل تلك التي تكون بالنسبة إلى أي شخص يوجد في موقف المسؤول . أما إذا كان من شأن الحادث أن يجعل تفادي الضرر أكثر مشقة أو أكثر إرهاقاً أو كلفة فلا يكون هناك قوة قاهرة تنتفي معها المسؤولية التقصيرية . فلو أن دودة القطن مثلاً انتشرت في حقل ، وكان بالمستطاع إبادتها ولو بشيء من الصعوبة ومقابل بعض التكاليف ، عن طريق استعمال المواد المبيدة ، فان صاحب الحقل الموبوء لا يمكنه اعتبار انتشار دودة القطن في حقله ، بمثابة قوة قاهرة أو حادث فجائي ، للتحلل من مسؤولية الاضرار التي ألحقها بزرع جاره إذا انتقلت الدودة إلى أرض هذا الجار وفتكت بزرعه ، لإن الضرر الذي أصابه كان بالمستطاع الحؤول دون وقوعه . وتطبيقاً لهـــذا المبدأ قرر القضاء في المغرب أن هيجان البحر بسبب رداءة الطقس لا يشكل القوة القاهرة التي تسمح لربان الباخرة التمسك بعدم مسؤوليته عن الأضرار التي أصابت البضاعة المشحونة على ظهر الباخرة لأن هيجان البحر مما يمكن التغلب عليه والخيلولة دون وقوع الأضرار الحاصلة بسببه[٤٠] .

---

٤٠ محكمة الاستئناف في الرباط قرار رقم ٥٥٤٨ تاريخ ٦ يوليوز ١٩٦٣ مجموعة قرارات المحاكم الاستئنافية في المغرب العدد ١٧١ – ١٧٢ يوليوز – ديسمبر ١٩٦٣=

الشرط الثالث : يجب أن لا يكون هناك خطأ من جانب المسؤول أدى إلى وقوع الحادث إذ أن هذا الخطأ يفقد الحادث وصف القوة القاهرة أو الحدث الفجائي . فإذا هطلت أمطار في غير موسمها وألحقت أضراراً ببضاعة في العراء معهود بحفظهـا إلى شركة تتولى مثل هذا العمل وكان حفظ البضاعة يجري عادة في تخزينها داخل مستودعات مبنية لهذا الغرض ، وكان من غير المألوف وضع البضاعة في العراء ، فان الشركة تكون مسؤولة عن الضرر الذي أصاب البضاعة ، لأن هذا الضرر يرجع إلى خطأ من جانبها .

٣٣٦ – **أثر القوة القاهرة والحادث الفجائي** : إذا كانت القوة القاهرة أو الحادث الفجائي السبب الوحيد في وقوع الضرر ، فان علاقة السببية بـين الخطأ والضرر تكون مفقودة وبالتالي لا تتحقق المسؤولية ، كما لو هبّت عاصفة فقلبت السيارة على أحد المارة فإصابته . وهذا ما أوضحته المادة ٩٥ إذ اشترطت لعدم ترتب المسؤولية التقصيرية أن يكون الضرر حصل بحادث فجائي أو قوة قاهرة لم يسبقها أو يصطحبها فعل يؤاخذ به المدعى عليه .

أما إذا اشتركت القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مع خطـأ من المدعى عليه في إحداث الضرر كان المدعى عليه مسؤولاً مسؤولية كاملة لأن خطأه هو الذي يعتبر السبب في وقوع الضرر . فلو أن سائق سـيارة مثلاً كان يسير بسرعة جنونية تفوق الحد المقرر ثم هبت ريح شديدة فاقتلعت شجرة وألقت بها أمام السيارة فترتب على ذلك أن جنحت السيارة لسرعتها وانقلبت على أحد المـارة

= صفحة ٢٥٢ – راجع في نفس المعنى قرار رقم ٥٥٩٩ تاريخ ٢٩ فبراير ١٩٦٤ ، ذات المجموعة العدد رقم ١٧٣ – ١٧٤ يناير – يوليوز ١٩٦٤ صفحة ٣٩٥ .

فأصابته بجروح ، كان السائق مسؤولاً تجاه المصاب والتزم بالتعويض عليه تعويضاً كاملاً .

الفرع الثاني

آثار المسؤولية عن العمل الشخصي

٣٣٧ – **نظرة عامة** : إذا توافرت شروط المسؤولية التقصيرية عن العمل الشخصي التي عرضنا لها وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية ، ترتب على ذلك أن يلتزم المسؤول بتعويض المضرور عما أصابه من ضرر . وما لم يقم المسؤول بدفع هذا التعويض رضاء ، فسبيل المضرور للحصول على التعويض هو دعوى المسؤولية .

وقد يحصل أن تجري اتفاقيات تعدل من أحكام هذه المسؤولية ، وتهدف إما إلى الاعفاء أو التخفيف من آثارها ، وإما على العكس إلى التشديد في هذه الآثار . فهل مثل هذه الاتفاقات صحيحة ؟

يقتضينا الأمر أن نبحث على التعاقب في دعوى المسؤولية ، ثم في التعويض الذي يحصل عليه المضرور نتيجة هذه الدعوى ، ثم في الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية .

وعليه سنقسم هذا الفرع إلى ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : في دعوى المسؤولية .

المبحث الثاني : في التعويض .

المبحث الثالث : في الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية .

المبحث الأول

في دعوى المسؤولية

٣٣٨ - **مخطط البحث** : يتناول البحث في دعوى المسؤولية أموراً عديدة معظمها ألصق في المسطرة منه في الحقوق المدنية. ومع ذلك فمن المستحسن عرضها جميعا ولو بصورة موجزة.

وهذه الأمور التي سنبحثها تباعاً تتعلق بالمواضيع التالية : الاختصاص، فالاطراف في الدعوى، فالاثبات، فالتقادم.

٣٣٩ - **الاختصاص** : (آ) من حيث الاختصاص النوعي، تقام الدعوى لدى محكمة السدد أو أمام المحكمة الاقليمية وذلك حسب أهمية المبلغ المطالب به : فإذا كان هذا المبلغ دون ٩٠٠ درهم كانت دعوى المسؤولية التقصيرية من اختصاص محكمة السدد، وإذا زاد عن ذلك كانت من اختصاص المحكمة الاقليمية (المادة الأولى من المسطرة المدنية).

ويمكن أيضاً للمضرور أن يطالب بالتعويض أمام المحاكم الجزائية تبعاً لدعوى الحق العام، إذا كان الفعل الذي سبب الضرر يشكل في نفس الوقت جرماً يعاقب عليه قانون الجزاء.

(ب) ومن حيث الاختصاص المكاني يكون للمضرور الخيار بين أن يقيم دعواه أمام المحكمة التي يقطن ضمن دائرتها المسؤول، وبين أن يقيمها

أمام المحكمة التي وقع في دائرتها العمل الذي سبب له الضرر (الفقرة الأخيرة من المادة ٢٤ من المسطرة المدنية) .

٣٤٠ - **الأطراف في الدعوى** : (آ) إن المدعى عليه في دعوى المسؤولية التقصيرية هو الشخص المسؤول عن الضرر اللاحق بالمضرور . وإذا توفي هذا الشخص المسؤول فالالتزام بالتعويض ينتقل إلى تركته . وهذا ما نصت عليه المادة ١٠٥ بقولها : « في الجرم وشبه الجرم تكون التركة ملزمة بنفس التزامات الموروث » .

(ب) أما المدعي في دعوى المسؤولية فهو الشخص الذي أصابه الضرر . وقد يحصل أن يكون الضرر أصاب عدة أشخاص . فلكل من هؤلاء حق مستقل بالمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به .

وإذا كان المضرور فاقد الأهلية أو ناقصها ، فالدعوى تقام من قبل نائبه الشرعي ، أي من قبل الولي أو الوصي أو المقدم بحسب الأحوال .

وفي حالة وفاة المضرور ينتقل حقه بالتعويض إلى ورثته . وهذه القاعدة مسلم بها عندما يكون المضرور قد رفع الدعوى قبل وفاته ، إذ عندها تدخل تلك الدعوى ضمن موجودات التركة فتشكل عنصراً من عناصرها وتنتقل إلى الورثة مع هذه الموجودات[٤١] . ولكن النقاش يدور في الحالة التي يكون فيها المضرور قد توفي دون رفع الدعوى من قبله . فهنا يميز بين أن يكون الضرر الذي أصاب

---

٤١ محكمة استئناف الرباط (الغرفة الأولى) قرار رقم ٥٥٥٥ تاريخ ١٢ - ١١ - ٦٣ مجموعة قرارات المحاكم الاستئنافية في المغرب العدد ١٧١ - ١٧٢ يوليوز - ديسمبر ١٩٦٣ صفحة ٢٦٨ .

المتوفى ضرراً مادياً أو معنوياً : فإذا كان الضرر مادياً ، كأن يكون لحق بأموال المتوفى أو نشأ عن نفقات معالجته وتطبيبه قبل الوفاة ، فمن المجمع عليه أن للورثة حق المطالبة بالتعويض عن هذا الضرر . أما إذا كان الضرر معنوياً ، فالفقه والاجتهاد منقسمان على نفسهما : فرأي لا يجيز للورثة المطالبة بالتعويض عنه ، لأن الحق في التعويض عن الضرر المعنوي في نظر من يقول بهذا الرأي يتسم بطابع شخصي ، فلا ينتقل إلى الورثة بـل يزول بموت المضرور . ورأي يعتبر أن الحق بالمطالبة بالتعويض المعنوي ينتقل إلى الورثة إذ حسب من يعتمد هذا الرأي ليس من مقتضيات العدالة أن نجعل المسؤول يستفيد من وفاة قد تكون حصلت للمصاب بصورة مفاجئـة لم تترك له مجالاً للتفكير برفع الدعوى .

وجدير بالذكر أن القانون المدني السوري والقانون المدني المصري انحازا إلى الرأي الأول وقررا أن الحق بالتعويض عن الضرر المعنوي « لا ينتقل إلى الغير إلا ... إذا طالب الدائن به أمام القضاء »[٤٢] .

ونحن نميل إلى الأخذ بهذا الرأي لأننا نعتبر الحق في التعويض عن الضرر المعنوي يتصل اتصالاً وثيقاً بشخص المضرور ، ولا تبرز الناحية المالية فيه ويكون له أثر ، الا حين يتولى المصاب نفسه تحديد هذه الناحية عن طريق رفع الدعوى وهو أمر يستقل بتقديره هو وحده .

٣٤١ – **ملاحظة هامة** : يجب الانتباه إلى أن ما قلناه من حيث عدم جواز إقامة الورثة دعوى بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي لحق بمورثهم ،

---

٤٢ راجع المادة ٢٢٢ من القانون المدني المصري والمادة ٢٢٣ من القانون المدني السوري .

في الحالة التي يموت فيها دون الادعاء بالتعويض عن هذا الضرر ، إنما هو محصور بالدعوى التي يمارسها الورثة بالنيابة عن المورث وبوصفهم خلفاً له . ولكن ذلك لا علاقة له بالدعوى التي يمكن أن يمارسها الورثة للمطالبة باسمهم مباشرة بالتعويض عن الضرر المعنوي عن الألم والأسى الذي يصيبهم شخصياً من جراء موت المضرور .

٣٤٢ – الاثبات : المسؤولية التقصيرية عن العمل الشخصي ، كما بيناه ، تتطلب أن يرتكب شخص خطأ وينشأ عن هذا الخطأ ضرر لشخص آخر ، وتقوم علاقة سببية بين الضرر الذي لحق بالمضرور والخطأ الذي ارتكبه المسؤول .

فعلى من يرفع دعوى المسؤولية التقصيرية أن يثبت هذه الأمور جميعاً ، وبالتالي أن يقيم الدليل على وجود الخطأ ، ثم وجود الضرر ، ثم قيام الرابطة السببية بين الخطأ والضرر .

وبوسعه أن يقيم هذا الدليل بجميع الطرق الثبوتية ولا سيما بالشهادة والقرائن .

ويعتبر حصول الوقائع المكونة للخطأ أو للضرر ، أو تلك التي تفيد قيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر ، من المسائل الواقعية التي يستقل بتقديرها قاضي الجوهر .

أما تكييف الوقائع بأنها خطأ ، واشتراط الادراك لقيام الخطأ ، والحدود التي يسأل فيها عديم التمييز ، وتكييف الوقائع بما يجعلها تدخل في الحالات

التي لا يكون فيها التعدي خطـأ كحالة الدفاع المشروع ، فهذه من المسائـل القانونية التي تخضع لرقابة المجلس الأعلى . وكذلك تعتبر من المسائل القانونية الخاضعة لرقابة المجلس الأعلى تكييف الوقائع بأنها ضرر محقق يجب التعويض عنه ، أو ضرر محتمل لا يستلزم التعويض ، والفصل فيمن له حق المطالبة بالتعويض المعنوي ومتى ينتقل هذا الحق . وتعتبر أيضاً من المسائل القانونية التي يمارس المجلس الأعلى الرقابة عليها القول بكفاية الوقائع التي تفيد علاقـة السببية لايجاد هذه العلاقة ، وكذلك القول بتوافر الشروط الآيلة إلى انتفـــاء المسؤولية التقصيرية كما في القوة القاهرة .

٣٤٣ - **تقادم دعوى المسؤولية** : تنص المادة ١٠٦ على « أن دعوى التعويض من جراء جرم أو شبه جرم تتقادم بمضي خمس سنوات تبتدئ من الوقت الذي بلغ فيه إلى علم الفريق المتضرر الضرر ومن هو المسؤول عنه . وتتقادم في جميع الأحوال بمضي عشرين سنة تبتدئ من وقت حدوث الضرر » .

وقد كانت مدة التقادم في الأصل ثلاث سنوات بدلاً من خمس ، وخمس عشرة سنة بدلاً من عشرين .

ثم عدلت على النحو الوارد في النص الحالي بموجب الظهير رقم ٦٠/١/١٩٦ المؤرخ في ٢٧ جمادي الاولى ١٣٨٠ الموافق ١٧ نوفبر ١٩٦٠ .

ومن مقتضى القواعد المقررة في حقل تنازع القوانين من حيث الزمان ، يسري النص الجديد المتضمن تعديل مدة التقادم من وقت العمل به ، على كل تقادم لم يكتمل : فلو أن عملاً ضاراً مثلاً ارتكب في مطلع عام ١٩٥٨ فالدعوى المتعلقة بهذا العمل الضار لا تخضع لمدة التقادم المحددة بمقتضى النص القديم

بل هي تخضع للمدد المحددة بموجب النص الجديد ما دام أن التقادم لم يكتمل في ١٧ نوفمبر ١٩٦٠ وهو تاريخ العمل بهذا النص الجديد .

ويجب الانتباه إلى أنه لا بد ، حتى تتقادم الدعوى بخمس سنوات بحق المتضرر من عمل غير مشروع ، من أن يعلم بوقوع الضرر من جهة وبالشخص المسؤول عنه من جهة ثانية ، بحيث لا تبدأ مدة هذا التقادم إلا من الوقت الذي يتوفر فيه على العلم بهذين الأمرين معاً على ما أيده اجتهاد المجلس الأعلى[٤٣] .

المبحث الثاني

في التعويض

٣٤٤ – **القواعد التي يخضع لها التعويض** : إذا وقع عمل غير مشروع ، كان للمضرور حق في التعويض عما ألحقه به هذا العمل من ضرر .

وقد أيد المشرع المغربي حق المضرور في التعويض في المادتين ٧٧ و ٧٨ ، وقرر في المواد ٩٨ و ٩٩ و ١٠٠ بعض الأحكام الواجبة التطبيق في حقل التعويض .

---

٤٣ المجلس الأعلى (الغرفة المدنية) قرار رقم ٥٤٦٤ وتاريخ ٢٨ – ٥ – ٦٣ مجموعة قرارات المحاكم الاستئنافية في المغرب العدد ١٦٩ – ١٧٠ صفحة ١٠. يلاحظ ان قرار المجلس الأعلى صدر في قضية كانت تخضع للتقادم المنصوص عليه في المادة ١٠٦ قبل تعديلها . ولكن ذلك لا يمنع من تطبيق نفس المبدأ على التقادم بعد تعديل مدته .

وتتلخص هذه الأحكام بالقواعد التالية :

القاعدة الأولى : يجب أن يكون التعويض عن الضرر تعويضاً كاملاً بحيث يشمل الخسارة التي لحقت المدعي والمصروفات الضرورية التي اضطر أو سيضطر إلى انفاقها لاصلاح نتائج الفعل الذي ارتكب اضراراً به ، وكذلك الكسب الذي فاته (الفقرة الأولى من المادة ٩٨) .

القاعدة الثانية : يجب على المحكمة ، عند تقديرها الاضرار ، أن تدخل في اعتبارها جسامة الخطأ الصادر من المسؤول ، وتراعي ما إذا كان الضرر الذي أصاب المضرور قد نجم نتيجة خطأ عادي أم نتيجة تدليس من المسؤول (الفقرة الثانية من المادة ٩٨) .

والأصل أن جسامة الخطأ لا ينظر إليها في هذا المقام لأننا بصدد تعويض مدني يراعى فيه مقدار الضرر ، ولسنا بصدد عقوبة جنائية يعول فيها على جسامة الخطأ . إلا أن القضاء من الناحية العملية ، وبحكم المشاعر الطبيعية في الإنسان ، يدخل في حسابه درجة جسامة الخطأ فيجعل التعويض أزيد في حالة الخطأ الجسيم منه في حالة الخطأ اليسير . لهذا جاء نص الفقرة الثانية من المادة ٩٨ صريحاً بهذا المعنى حيث ذكر أن القاضي يقدر التعويض مراعياً في ذلك ما إذا كان المسؤول ارتكب خطأ عادياً أم تدليساً .

القاعدة الثالثة : إذا وقع الضرر من أشخاص متعددين يعملون متوافقين ، كان كل منهم مسؤولاً بالتضامن عن النتائج لا فرق بين من كان منهم محرضاً أو شريكاً أو فاعلاً أصلياً (المادة ٩٩) .

القاعدة الرابعة : ويسري الحكم نفسه من حيث المسؤولية التضامنية إذا تعدد المسؤولون عن الضرر ، وتعذر تحديد فاعله الأصلي من بينهم أو تعذر تحديد النسبة التي أسهموا بها في الضرر (المادة ١٠٠) . فإذا اشترك مثلاً عدة شباب في اللعب بكرة القدم في أحد الشوارع وقذفت الكرة أثناء اللعب فأصابت نافذة فكسرت زجاجها وتعذر معرفة اللاعب الذي تسبب بخطأه في كسر زجاج النافذة أو تعذر تحديد النسبة التي أسهم بها اللاعبون في إيقاع هذا الضرر ، فانه يحكم على اللاعبين جميعاً على وجه التضامن بالتعويض عن الضرر الذي لحق بصاحب النافذة التي تحطم زجاجها .

٣٤٤ مكرر : تقدير التعويض يستقل به قضاة الموضوع : إن لقضاة الموضوع سلطة تقديرية مطلقة في تعيين مبلغ التعويض الواجب منحه للمضرور ، دون أن يكونوا ملزمين ببيان الأسس المعتمدة لإجراء هذا التقدير . وقد تأيد ذلك بقرارات عديدة صادرة عن المجلس الأعلى . فهكذا ورد في قرار له أن « لمحكمة الأساس سلطة تقديرية مطلقة لتعيين مبلغ التعويض المحكوم به للمتضرر . وليس عليها أن تعلل هذا المبلغ بأسباب خاصة »[٤٤] . وورد في قرار آخر « أن قضاة الموضوع يقدرون في حدود الطلب وبحرية مبلغ التعويضات الواجب منحها لاصلاح الأضرار والخسائر التي تسبب فيها حادث سير دون أن يكونوا ملزمين بتبرير حكمهم فيما يخص هذه النقطة بمقتضى حيثيات خاصة أو تبيين أسس التقدير »[٤٥] . وفي فرار ثالث أكد المجلس الأعلى أن « لمحكمة

---

٤٤ المجلس الأعلى قرار رقم ١٢٢٤ تاريخ ١٥ نوفبر ١٩٦٢ مجلة القضاء والقانون العدد ٥٤ صفحة ١٧٨ .

٤٥ المجلس الأعلى الحكم المدني عدد ١٦٩ تاريخ ١٢ ابريل ١٩٦٩ ، مجلة قضاء =

الموضوع الباتة في القضية سلطة مطلقة لتعيين قدر التعويض عن الضرر . وتخولها هذه السلطة الحق في جعل ذلك التعويض منتجاً لفائدة قانونية ابتداءً من تاريخ الحكم الأول الصادر ابتدائياً متى صرحت بأن هذه الفائدة إنما هي تكميل للتعويضات الممنوحة في الحكم الابتدائي »[٤٦] .

وما دام تقدير التعويض يعود لسلطان قضاة الموضوع ، فانه يخرج بالضرورة عن رقابة المجلس الأعلى . وهذا ما أيده الاجتهاد القضائي في المغرب إذ ورد في قرار للمجلس الأعلى أن « للمحكمة الحق المطلق في تحديد قدر التعويض دون أن يخضع لمراقبة المجلس الأعلى وليس هذا من باب الشطط في استعمال السلطة »[٤٧] .

٣٤٥ - **متى ينشأ الحق في التعويض** : ما هو الوقت الذي ينشأ فيه الحق في التعويض ؟ أثار هذا السؤال خلافاً في الفقه والقضاء في فرنسا . فرأي يقول إن هذا الحق يوجد من وقت وقوع الضرر . ورأي ثان يعتبر أنه لا ينشأ إلا من تاريخ المطالبة القضائية . ورأي ثالث يعتبر أن الحق في التعويض إنما ينشأ وقت صدور الحكم .

= المجلس الأعلى العدد العاشر اكتوبر ١٩٦٩ صفحة ٢٩ .

٤٦ المجلس الأعلى الحكم عدد ٤٣٧ تاريخ ١٩ نوفبر ١٩٥٩ ، مجلة القضاء والقانون العدد ٢٧ مارس ١٩٦٠ صفحة ١٨٣ . راجع بنفس المعنى المجلس الأعلى الحكم عدد ١٠٤ تاريخ ١٢ فبراير ١٩٦٣ مجلة القضاء والقانون العدد ٥٩ - ٦١ مايو - يوليوز ١٩٦٣ صفحة ٥٢٧ .

٤٧ المجلس الأعلى (الغرفة الأولى) الحكم عدد ٢٥٦ ، مجلة القضاء والقانون العدد ١٠٤ دجنبر ١٩٦٩ صفحة ١٧٥ .

والصحيح ، حسب الرأي الغالب ، أن حق المضرور في التعويض ينشأ من وقت وقوع الضرر . ذلك أن العمل غير المشروع هو مصدر الحق في التعويض . فان تحقق الضرر من وقت صدور هذا العمل ، وجد الحق في التعويض من ذلك الوقت . أما إذا حصل الضرر بعد مضي زمن على اقتراف العمل الخاطئ ، فان الحق لا يوجد إلا من وقت تحقق الضرر لأن هذا الوقت هو الذي تكتمل فيه أركان المسؤولية . ومن أهم الآثار التي تترتب على ذلك ، أن القانون الذي يطبق في النزاع من حيث تحديد حقوق المضرور هو القانون النافذ وقت وقوع الضرر لا وقت صدور الحكم . فإذا صدر في الفترة الممتدة بين تحقق الضرر وصدور الحكم قانون جديد يعدل من حقوق المضرور ، فان هذا القانون لا يطبق على النزاع ، وإنما يطبق القانون الذي كان نافذاً وقت تحقق الضرر .

٣٤٦ – **متى يجري تقدير التعويض** : ما هو الوقت الذي يجري فيه تقدير التعويض الذي يستحقه المضرور ؟ لا يكون لهذا السؤال أهمية إذا كان الضرر اللاحق بالمضرور بقي هو هو من يوم تحقق الضرر إلى يوم صدور الحكم . ولكن أهمية السؤال تبدو في الحالة التي يكون فيها الضرر يوم صدور الحكم غير ما كان عليه قبل ذلك .

هنا أيضاً اختلفت الآراء .

فمن قائل بوجوب تقدير التعويض يوم تحقق الضرر ، بحجة أن العمل غير المشروع هو الذي أنشأ الحق في التعويض . ومن ثمَّ فان تقدير التعويض يجب أن يتم وفقاً للعناصر التي كانت موجودة وقت نشوء الحق في التعويض ،

أي وقت وقوع الضرر .

ومن قائل بوجوب تقدير التعويض يوم صيرورة الحكم نهائياً ، بحجة أن الحق في التعويض يبقى غير محدد المقدار إلى أن يصدر الحكم ، فيجب إذن الاعتداد بجميع العناصر التي توجد وقت الحكم . يضاف إلى ذلك أن المضرور ينتظر صدور الحكم له بالتعويض لكي يستبدل بالأشياء التالفة غيرها أو ليصلح هذه الأشياء . فإذا كانت الأسعار قد ارتفعت فانه سيدفع السعر الجديد المرتفع ، فمن العدل ان يؤخذ ذلك بعين الاعتبار ، وأن يقدر الضرر بالتالي وقت صدور الحكم .

والرأي الراجح هو الذي يقول بوجوب تقدير التعويض يوم صدور الحكم : ذلك أن النتائج التي تترتب على العمل الضار قد تشتد أو تخف تبعاً للظروف . ومن ثم فهي لا يمكن أن تتحدد إلا حين يُلجأ إلى القاضي كي يقوم بهذا التحديد . فإذا تغير الضرر بعد وقوعه عما كان عليه أول الأمر ، فان مقداره الحقيقي يجري تحديده في ضوء حالة المضرور يوم صدور الحكم .

وهذا الرأي هو الذي استقرت محكمة النقض الفرنسية على الأخذ به . فقد ورد في قرار من القرارات الصادرة بهذا الصدد أنه « إذا كان حق المضرور في الحصول على تعويض عن الضرر يوجد منذ وقوع الضرر ، إلا أن تقدير هذا الضرر يجب أن يحصل وفقاً لما تكون عليه حالة المضرور وقت صدور الحكم ، وأنه إلى أن يصدر الحكم يكون محل الحق غير محدد ومن ثم فان القاضي في تحديده لمقدار التعويض يجب أن يعتد بجميع الحوادث التي تكون

قد حدثت إلى اليوم الذي يصدر فيه الحكم »[٤٨]

وهذا الرأي هو أيضاً الرأي الذي اعتمده القضاء المغربي وسار عليه . فهكذا بعد أن أعلنت محكمة الاستئناف في الرباط مبدأ وجوب تقدير التعويض يوم صدور الحكم قررت « أن موت المضرور الطارئ أثناء النظر في الدعوى لسبب خارج عن الحادث الذي أدى إلى إصابته يجب الاعتداد به عند تحديد التعويض الذي سيقرر لورثة المضرور بعد وفاته بسبب العجز الجزئي الدائم الذي لحق بالمضرور ، وذلك لأن تحديد التعويض في مثل هذه الحالة يجري دوماً على أساس احتمال بقاء المصاب حياً وموت المصاب أثناء التقاضي قد أدى إلى زوال هذا الاحتمال »[٤٩] . وهكذا أيضاً نقض المجلس الأعلى قراراً قضى بالحكم للمضرور بفائدة المبلغ المحكوم له به من وقت إقامة الدعوى وبرر النقض بقوله « إن الدين الناجم عن جرم أو شبه جرم لا ينشأ ولا يمكن أن تترتب عليه فائدة إلا من اليوم الذي يتقرر تحديده قضائياً »[٥٠] . وفي قرار آخر تضمن نقض

---

٤٨ نقض فرنسي قرار ١٥ يوليوز ١٩٤٣ دالوز التحليلي ١٩٤٤ صفحة ٣ . يراجع في نفس المعنى جنائي فرنسي قرار ٦ يونيو ١٩٤٦ دالوز ١٩٤٧ – ١ – ٢٣٤ ، نقض مدني ٢٥ يناير ١٩٥٠ مجلة القانون الاسبوعي ١٩٥٠ – ٢ – ٥٧٩٥ – نقض مدني ١٤ مايو ١٩٥٠ دالوز ١٩٥٠ – ١ – ٤٦٥ .

٤٩ محكمة الاستئناف في الرباط (الغرفة الأولى) قرار رقم ٥٥٥٥ وتاريخ ٦٣/١١/١٢ مجموعة قرارات المحاكم الاستئنافية في المغرب العدد ١٧١ – ١٧٢ يوليوز – ديسمبر ١٩٦٣ صفحة ٢٦٨ .

٥٠ المجلس الأعلى (الغرفة المدنية) قرار رقم ٥٤٦٢ وتاريخ ١٢ – ٢ – ٦٣ مجموعة قرارات المحاكم الاستئنافية في المغرب العدد ١٦٩ – ١٧٠ يناير – يونيو ١٩٦٣ صفحة ٥ .

حكم استئنافي لكونه رفع مبلغ التعويض المحكوم به ابتدائياً مع ترتيب الفائدة على المبلغ المحكوم به استئنافاً اعتباراً من تاريخ صدور الحكم الابتدائي علل المجلس الأعلى النقض بقوله « إن فوائد التعويض عن الضرر لا يمكن أن يحكم بها كتعويض عن التأخير إلا ابتداء من تاريخ الحكم بالإدانة الـــذي يتضمن الحكم للمضرور بهذا التعويض »[٥١] .

المبحث الثالث

في الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية

٣٤٧ – قد تبرم اتفاقات بغية تعديل الآثار المترتبة على المسؤوليـــة التقصيرية . فما حكم هذه الاتفاقات ؟

يجب التمييز بين الاتفاقات التي تبرم بعد تحقق المسؤولية ، وبين الاتفاقات التي تبرم مسبقاً .

(آ)فالاتفاقات التي تبرم بعد تحقق المسؤولية هي اتفاقات صحيحة وتنتج آثارها سواء كان من شأن هذه الاتفاقات الإعفاء أو التخفيف أو التشديد . فهكذا يصح للمضرور أن ينزل عن حقه في التعويض كما يصح أن يقبل بتعويض أقل . وكذلك يصح أن يلزم المسؤول نفسه بتعويض أبهظ إذ ليس في كل ذلك ما يخالف النظام العام .

---

٥١ المجلس الأعلى (الغرفة الجنائية) الحكم عدد ١٢٢٧ تاريخ ١٤ فبراير ١٩٦٣ مجلة القضاء والقانون العدد ٦٨ و ٦٩ صفحة ٣٨٠ .

(ب) أما الاتفاقات التي تبرم قبل تحقق المسؤولية فهي ممنوعة قانوناً وتعتبر عديمة الأثر سواء كانت هذه الاتفاقات تتعلق بالمسؤولية الناجمة عن جرم أم بالمسؤولية الناجمة عن شبه جرم وذلك على ما ورد عليه النص صراحةً في المادتين ٧٧ و ٧٨ .

وقد يبدو لأول وهلة أن اتفاقات من هذا النوع لا يتصور وقوعها إذ لا رابطة تربط المسؤول بالمضرور بل هما أجنبيان لا يعرف أحدهما الآخر مقدماً . وهذا هو الصحيح في أغلب الأحوال . إنما هناك مع ذلك حالات يتصور فيها مثل هذه الاتفاقات كما إذا اتفق جار مع جاره على تعديل أحكام المسؤولية إذا أصاب أحدهما ضرر من جراء انهيار بناء الآخر بسبب القدم أو من جراء تجاوز المضار العادية للجوار .

فهذا النوع من الاتفاقات المسبقة المعدلة لأحكام المسؤولية التقصيرية يعتبر مخالفاً للنظام العام ولا ينتج بالتالي أي أثر قانوني .

الفصل الثاني

المسؤولية عن فعل الغير

٣٤٨ – **نظرة عامة** : (آ) الأصل أن الإنسان لا يسأل إلا عن عمله الشخصي . ولكن يمكن على وجه الاستثناء أن يرتب القانون على شخص مسؤولية عمل قام به غيره . وفي هذه الحالة لا تقوم المسؤولية إلا بالنسبة للأشخاص الذين عددهم القانون حصراً .

(ب) ومشرع قانون الالتزامات والعقود المغربي ، بعد أن أوضح في الفقرة الأولى من المادة ٨٥ أن « الشخص لا يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه بفعله فحسب ، لكن يكون مسؤولاً أيضاً عن الضرر الذي يحدثه الأشخاص الذين هم في عهدته » ، قد عدد في الفقرات التالية من المادة المذكورة مختلف فئات الأشخاص الذين يمكن مساءلتهم عن فعل الغير .

وهذه الفئات هي :

الفئة الأولى : الاب فالأم بعد موته بالنسبة للضرر الذي يحدثه أبناؤهما القصر المقيمون معهما .

الفئة الثانية : المخدوم والمتبوع بالنسبة للضرر الذي يحدثه الخادم أو التابع .

الفئة الثالثة : أرباب الحرف بالنسبة للضرر الذي يحدثة متعلموهم ما داموا تحت رقابتهم .

الفئة الرابعة : الأب والأم وغيرهما من الأقارب والأزواج بالنسبة للضرر الذي يحدثه المجانين وغيرهم من مختلي العقل إذا كانوا يقيمون معهم ، وكذلك من يتحمل بمقتضى عقد رعاية هؤلاء الأشخاص أو رقابتهم .

الفئة الخامسة : المعلمون وموظفو الشبيبة والرياضة بالنسبة للضرر الحاصل من الأطفال والشبان خلال الوقت الذي يوجدون فيه تحت رقابتهم .

(ج) وليست مسؤولية هذه الفئات من الأشخاص على نمط واحد .

فمسؤولية المعلمين وموظفي الشبيبة والرياضة تتوقف على إثبات خطأ في جانبهم وفقاً للقواعد القانونية العامة .

ومسؤولية الأب والأم عن عمل أبنائهما القصر ، وأرباب الحرف عن عمل متعلميهم ، والمعهود اليهم برقابة المجانين وغيرهم من مختلي العقل بمقتضي نص في القانون أو بمقتضى عقد عن عمل هؤلاء الأشخاص، تقوم قرينة قانونية على تحققها . ولكن هذه القرينة القانونية قابلة للبينة المعاكسة بجميع طرق الإثبات .

ومسؤولية المخدوم والمتبوع عن أعمال خادمه أو تابعه تقوم كذلك قرينة

قانونية على تحققها . ولكن هذه القرينة قرينة قاطعة لا تقبل البينة المعاكسة .

(د) وتجدر الملاحظة إلى أن المسؤولية عن فعل الغير لا تزيل المسؤولية الشخصية المترتبة على مرتكب الفعل الضار ، بل هي تقوم معها جنباً إلى جنب : فالخادم والمجنون إذا كان في حالة إفاقة ، والصغير أو الطالب أو المتعلم إذا كان مميزاً يتحملون شخصياً مسؤولية ما يصدر عنهم من أعمال غير مشروعة . وبذلك يكون للمضرور أن يلاحق مرتكب الفعل الضار من هؤلاء كما يكون له إن شاء ملاحقة المسؤول عن أفعالهم . ولما كان مرتكب الفعل الضار من صغير أو متعلم أو طالب أو خادم لا يملك عادة شيئاً ولا تجدي ملاحقته ، فإن المضرور يفضل عملياً مقاضاة المسؤول عن أفعالهم لأن ذمة هذا المسؤول تكون على الغالب عامرة ويستطيع عن طريق مقاضاته الحصول على التعويض الذي يستحقه .

٣٤٩ – **مخطط البحث** : يقتضينا البحث في المسؤولية عن فعل الغير أن نعرض بادئ ذي بدء لمسؤولية المعلمين وموظفي الشبيبة والرياضة حيث لا بد من إثبات ارتكاب هؤلاء خطأ لترتيب المسؤولية عليهم ، ثم لمسؤولية من يتولى رقابة القصر والمتعلمين والمجانين وغيرهم من مختلي العقل حيث تقوم قرينة قانونية على تحققها مع إمكان هدم هذه القرينة بالبينة المعاكسة ، ثم أخيراً لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه حيث تقوم قرينة قاطعة على تحققها .

وعليه سنقسم هذا الفصل إلى ثلاثة فروع .

الفرع الأول : مسؤولية المعلمين وموظفي الشبيبة والرياضة .

الفرع الثاني : مسؤولية المكلفين برقابة القصر والمتعلمين والمجانين وغيرهم من مختلي العقل .

الفرع الثالث : مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع .

الفرع الأول

مسؤولية المعلمين وموظفي الشبيبة والرياضة

٣٥٠ – تطور مسؤولية رجال سلك التعليم في فرنسا : كان رجال التعليم في فرنسا سواء منهم من كان في سلك التعليم العام أو من كان في سلك التعليم الخاص يسألون عن الأضرار التي يحدثها الطلاب أثناء وجودهم تحت رقابتهم دون ما حاجة لاثبات ارتكابهم خطأ ما ، وذلك لقيام قرينة قانونية على تحقق مسؤوليتهم .

وقد هالت رجال التعليم العام خطورة مركزهم وقساوة وضعهم ، عندما تكاثرت الحوادث وصاروا عرضة لملاحقات مرهقة ، في حين أن غيرهم من الموظفين كان في منعة حتى من الملاحقة على أساس الخطأ العادي لأن الموظف لا يسأل شخصياً إلا عن خطأه الفادح الذي يخرج عن نطاق أعمال الوظيفة . وقد حصل أن أحد رجال سلك التعليم العام فقد عقله بسبب الأحكام التي صدرت بحقه . لذلك قام رجال هذا السلك بحملة قوية في سبيل تعديل القانون بصورة ترفع الحيف عنهم ، وأثمرت هذه الحملة بصدور قانون ٢٠ يوليوز ١٨٩٩ الذي قرر إحلال الدولة محل رجال التعليم العام في المسؤولية ، بحيث أضحت قرينة تحقق المسؤولية تقع على الدولة بدل أن تقع على رجال

سلك التعليم العام ، وبحيث لم يعد بالامكان مساءلة هؤلاء إلا على أساس إقامة البينة على ارتكابهم خطأ شخصياً .

ثم تلت هذه الخطوة خطوة ثانية أقدم عليها المشرع الفرنسي ، إذ أصدر قانون ٥ أبريل ١٩٣٧ ألغى بموجبه المسؤولية المفترضة الملقاة على عاتق الدولة وعلى عاتق رجال سلك التعليم الخاص ، وأقام مسؤولية المعلمين جميعاً على أساس الخطأ الشخصي ، على أن تبقى الدولة حالة محل رجال سلك التعليم العام في المسؤولية .

فالوضع اليوم في القانون المدني الفرنسي يقوم إذن على القاعدتين الأساسيتين التاليتين :

القاعدة الأولى : إن رجال التعليم جميعاً سواء كانوا في سلك التعليم العام أم في سلك التعليم الخاص لم تعد مسؤوليتهم عن الأضرار التي يحدثها الطلاب ، وهم تحت رقابتهم ، مسؤولية مفترضة ، بل إن مسؤوليتهم عن هذه الأضرار أضحت تقوم على إثبات خطأ في جانبهم ، وذلك وفق مقتضيات المسؤولية الشخصية .

القاعدة الثانية : تحل الدولة محل رجال التعليم العام في تحمل المسؤولية عن الاضرار التي يحدثها الطلاب أو عن تلك التي تلحق بهم أثناء وجودهم تحت رقابتهم ، على أن يكون للدولة حق الرجوع على المعلم ، فيما إذا ثبت ارتكابه خطأ أدى إلى حصول الضرر .

٣٥١ – مسؤولية المعلمين وموظفي الشبيبة والرياضة في المغرب :

عرض قانون الالتزامات والعقود المغربي لمسؤولية المعلمين وموظفي الشبيبة والرياضة في المادة ٨٥ مكرر . وقد استقى المشرع أحكام هذه المسؤولية من المبادىء التي أقرها القانون الفرنسي الصادر بتاريخ ٥ أبريل ١٩٣٧ .

وتتلخص الأحكام الوارد عليها النص في المادة ٨٥ مكرر بالقواعد التالية :

أولاً – رجال التعليم العام والخاص وموظفو الشبيبة والرياضة يسألون عن الضرر الحاصل من الأطفال والشبان خلال الوقت الذي يوجدون فيه تحت رقابتهم . فمسؤولية رجل التعليم وموظف الشبيبة والرياضة منوطة إذن بوجود الطالب تحت رقابته . فبمجرد إنهاء هذه الرقابة أي بمجرد مغادرة الطالب المدرسة أو الملعب أو القاعة المخصصة للرياضة تزول مسؤولية رجل التعليم أو التربية ، ويعود الطالب القاصر إلى رقابة وليه ، ويتحمل الشاب ، كامل الأهلية ، بنفسه مسؤولية أعماله الضارة .

ثانياً – إن مسؤولية رجال التعليم وموظفي الشبيبة والرياضة لا تقوم على أساس خطأ مفترض ، بل على أساس خطأ يجب إقامة الدليل عليه عملاً بمبادئ المسؤولية الشخصية . وهذا ما أوضحته الفقرة الثانية من المادة ٨٥ مكرر إذ علقت تحقيق مسؤولية رجال سلك التعليم والتربية على إثبات المدعي « الخطأ أو عدم الحيطة أو الاهمال » في جانبهم « وفقاً للقواعد القانونية العامة » .

ثالثاً – تحل الدولة في المسؤولية محل رجال سلك التعليم العام وموظفي

الشبيبة والرياضة بالنسبة لأي فعل ضار يرتكب من الأطفــال أو الشبان أو يرتكب عليهم أثناء وجودهم تحت رقابتهم . وفي حالة وقوع الضرر ، يمتنع على المضرور أو ممثله مقاضاة المعلمين وموظفي الشبيبة والرياضة أمام المحاكم المدنية ، بل يجب عليه ، إقامة الدعوى على الدولة بوصفها حالة محل رجال التعليم أو التربية .

ومسؤولية الدولة تحل محل مسؤولية المعلمين وموظفي الشبيبة والرياضة في كل حالة يعهد فيها اليهم بالأطفال أو الشبان بغرض التهذيب الخلقي أو الجسدي الذي لا يخالف الأنظمة ، ويوجدون بذلك تحت رقابتهم لا فرق بين أن يقع الفعل الضار في أوقات الدراسة أو خارجها .

رابعاً – إن دعوى المسؤولية التي يقيمها المضرور أو أقاربه أو خلفاؤه على الدولة بوصفها مسؤولة عن الضرر وفقاً لما تقدم ، ترفع بحسب الأحوال أمــام قاضي السدد أو أمام المحكمة الاقليمية[1] الموجود في دائرتها المكان الذي وقع فيه الضرر .

وهكذا لئن كانت دعوى المسؤولية المقامة على الدولة تخضع للقواعد العامة من حيث الاختصاص النوعي ، وتكون تارة من اختصاص محاكم السدد وتارة من اختصاص المحاكم الاقليمية بحسب أهمية المبلغ المطالب به ، فإن الأمر ليس كذلك من حيث الاختصاص المكاني : ذلك أن دعوى المسؤوليــة

---

١ ترفع الدعوى أمام قاضي السدد إذا كان المبلغ المطالب به على سبيل التعويض دون ٩٠٠ درهم وترفع الدعوى أمام المحكمة الاقليمية إذا كان المبلغ المذكور يفوق ذلك .

التقصيرية ، على ما مرَّ معنا ، يكون فيها للمضرور الخيار بين أن يقيمها أمام المحكمة التي يقطن ضمن دائرتها المسؤول ، وبين أن يقيمها أمام المحكمة التي وقع في دائرتها العمل غير المشروع (الفقرة الأخيرة من المادة ٢٤ من المسطرة المدنية)[٢] . فهذا الخيار مفقود في الدعوى التي تقام على الدولة بوصفها حالة في المسؤولية محل رجال التعليم والتربية ، ما دام أن المشرع قد أوجب إقامة هذه الدعوى أمام المحكمة التي يوجد في دائرتها المكان الذي وقع فيه الضرر .

خامساً – لا يسوغ في الدعوى الأصلية التي يرفعها المضرور ضد الدولة أن تسمع شهادة الموظفين الذين يمكن أن تمارس الدولة ضدهم دعوى الرجوع لاسترداد ما حكم به عليها .

سادساً – يجوز للدولة أن تباشر دعوى الاسترداد إما على رجال التعليم وموظفي إدارة الشبيبة والرياضة ، وإما على الغير وفقاً للقواعد العامه .

ويتوقف طبعاً نجاح دعوى الاسترداد على ثبوت ارتكاب المدعى عليه من رجال التعليم أو التربية أو من الغير خطأ يبرر مسؤوليته .

سابعاً – إن دعاوى المسؤولية التي ترفع على رجال التعليم الخاص ، لمطالبتهم بالتعويض عن الضرر الحاصل من الطلاب أو الواقع عليهم ، ودعاوى المسؤولية التي ترفع على الدولة بوصفها حالة محل رجال التعليم العام وموظفي الشبيبة والرياضة لمطالبتها بالتعويض عن الضرر الحاصل من الطلاب أو اللاحق

---

٢ راجع نبذة رقم ٣٣٩ أعلاه .

بالطلاب ، تتقادم جميعها بمضي ثلاث سنوات تبدأ من يوم ارتكاب الفعل الضار .

وهكذا يختلف تقادم دعوى المسؤولية التي ترفع على رجال التعليم الخاص أو على الدولة بوصفها حالة في المسؤولية محل رجال التعليم العام وموظفي الشبيبة والرياضة عن تقادم دعوى المسؤولية التقصيرية عموماً ، وذلك سواء من حيث المدة اللازمة لتحقق التقادم أم من حيث بدء هذه المدة .

ففي حين تتقادم دعوى المسؤولية على رجال التعليم الخاص أو على الدولة بوصفها حالة محل رجال التعليم العام وموظفي الشبيبة والرياضة بثلاث سنوات ، نرى دعوى المسؤولية التقصيرية عموماً تتقادم بخمس سنوات إذا بلغ علم الفريق المضرور الضرر الواقع ومن هو مسؤول عنه وإلا فبعشرين سنة[٣] .

وفي حين تبدأ مدة التقادم الثلاثي في دعوى المسؤولية على رجال التعليم الخاص أو على الدولة بوصفها حالة محل رجال التعليم العام وموظفي الشبيبة والرياضة من يوم ارتكاب الفعل الضار ، فان مدة التقادم الخمسي في دعوى المسؤولية التقصيرية عموماً لا تبدأ إلا منذ أن يبلغ علم الطرف المضرور الضرر الواقع ومن هو مسؤول عن هذا الضرر . وما لم يبلغ علم المضرور هذان الأمران معاً فإن دعوى المسؤولية لا تتقادم إلا بعشرين سنة ، وعندها يكون بدء التقادم منذ وقوع الضرر[٤] لا منذ ارتكاب الفعل الضار كما في دعوى المسؤولية على رجال

---

٣ راجع نبذة رقم ٣٤٣ أعلاه .

٤ راجع نبذة رقم ٣٤٣ أعلاه .

التعليم الخاص أو على الدولة عندما تحل محل رجال التعليم العام وموظفي الشبيبة والرياضة .

الفرع الثاني

مسؤولية المكلفين برقابة القصر والمتعلمين والمجانين وغيرهم من مختلي العقل

٣٥٢ – مبنى هذه المسؤولية : مسؤولية المكلفين برقابة القصر والمتعلمين والمجانين وغيرهم من مختلي العقل تتميز من حيث أنها تقوم على خطأ مفترض في جانبهم بمقتضى قرينة قانونية . وقوام هذا الخطأ المفترض هو التقصير في الرقابة . فالشخص الذي ألحق به القاصر أو المجنون أو المتعلم ضرراً ، ليس عليه أن يثبت خطأ المكلفين برقابة من أحدث الضرر ، لأن هؤلاء يعتبرون مسؤولين حكماً عن الأفعال الضارة التي يرتكبها من هم تحت رقابتهم وإشرافهم . إنما باستطاعتهم تجنب المسؤولية إذا هم أقاموا الدليل على أنهم لم يقصروا في الرقابة ، ولم يكن في وسعهم تلافي وقوع الضرر رغم يقظتهم : ذلك أن قرينة الخطأ التي تقوم عليها مسؤوليتهم هي قرنية بسيطة تقبل البينة المعاكسة (presomption réfragable) .

٣٥٣ – مخطط البحث : سنبحث في مسؤولية المكلفين برقابة القصر ، ثم في مسؤولية المكلفين برقابة المجانين وغيرهم من مختلي العقل ، ثم في مسؤولية أرباب الحرف عن الضرر الحاصل من متعلميهم .

وعليه سنقسم هذا الفرع إلى ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : مسؤولية المكلفين برقابة القصر .

المبحث الثاني : مسؤولية المكلفين برقابة المجانين ومختلي العقل .

المبحث الثالث : مسؤولية أرباب الحرف .

المبحث الأول

مسؤولية المكلفين برقابة القصر

٣٥٤ – تعيين المسؤولين عن رقابة القصر : ورد في المادة ٨٥ من قانون الالتزامات والعقود أن « الأب فالأم بعد موته ، يسألان عن الضرر الذي يحدثه أبناؤهما القصر المقيمون معهما » .

فالمشرع المغربي قد حصر إذن ، كالمشرع الفرنسي[٥] ، المسؤولية المترتبة عن الأفعال الضارة التي يرتكبها القصر بالأب فبالأم بعد وفاته . أما الوصي أو غيره من الأصول والأقارب كالأعمام والأخوال والعمات والخالات ، فلا يسألون عن الضرر الذي يحدثه القاصر ولو كان مقيماً في كنفهم[٦]. وفي هذا حيف

٥ راجع الفقرة الثالثة من المادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي .

٦ نقض فرنسي قرار ٧ نوفمبر ١٩٢١ دالوز ١٩٢٢ – ١ – ١٢ ، وكولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة ٢٠٣ صفحة ١٩٤ . على أن الوصي أو القريب (غير الأب أو الأم) الذي يقيم معه القاصر ، لئن كان لا يسأل على أساس المادة ٨٥ فإنه تمكن مساءلته على أساس المسؤولية الشخصية إذا كان الفعل الضار الذي صدر عن القاصر يعزى لخطأ ارتكبه الوصي أو القريب الذي يقيم معه القاصر . إنما لا بد في هذه الحالة من إثبات الخطأ في جانب المسؤول وفقاً لمبادئ المسؤولية الشخصية .

يلحق بالمضرور عندما يكون مرتكب العمل الضار قاصراً يتيماً أو قاصراً مقيماً عند أحد أُصوله كجد أو جدة أو أحد أقاربه كعم أو عمة أو خـــال أو خـالة .

وقد وجدت بعض التشريعات الحديثة كالتشريع اللبناني والتشريعين المصري والسوري أن تتلافى هــذا الحيف فوسعت حلقـــة المسؤولين عن رقابة القصر : فقانون الموجبات والعقود اللبناني جعل الأوصياء إلى جانب الآباء مسؤولين عن الأعمال الضارة التي يرتكبها القصر[٧] . والقانون المدني المصري والقانون المدني السوري رتبا مسؤولية الأعمال الضارة التي يرتكبها القاصر على من يعيش القــاصر في كنفه ويقوم على تربيته من أب أو أم أو جد أو جدة أو عم أو عمة أو غير هؤلاء من الأقارب[٨] .

أما قانون الالتزامات والعقود المغربي فقد جعل كما قلنا الأب والأم وحدهما مسؤولين عن الضرر الذي يحدثه أبناؤهما القصر المقيمون معهما .

٣٥٥ – إرتباط مسؤولية الآباء والأمهات بولايتهم على أبنائهم : لئن كان الآباء والأمهات يسألون عن الأعمال الضارة التي يرتكبها أولادهم القصر المقيمون معهم ، فذلك للولاية التي يتمتع بها الآباء والأمهات على أبنائهم ، وما تستتبعه هذه الولاية من التزام بالقيام برقابة وتربية من هم في كنفهم من القصر .

---

٧ راجع المادة ١٢٦ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

٨ راجع المادة ١٧٣ من القانون المدني المصري والمادة ١٧٤ من القانون المدني السوري .

وارتباط مسؤولية الآباء والأمهات بالولاية يقودنا إلى تقرير القواعد التالية :

أولاً – تترتب المسؤولية مبدئياً على الأب ، لأنه هو صاحب الولاية في الأصل . أما الأم فلا تتحمل هذه المسؤولية إلا بعد موت الأب كما هو صريح النص ، أو إذا حصل طلاق أو تطليق أو خلع وتقرر أن يكون الولد القاصر في حضانة أمه .

ثانياً – تزول مسؤولية الأب أو الأم ببلوغ ابنهما سن الرشد ، إذ عندها يستقل الابن بنفسه فلا يعيش ، قانوناً على الأقل ، في كنف أبيه أو أمه وإذا ما ارتكب عملاً غير مشروع فيتحمل هو مسؤولية هذا العمل ولا يمكن مساءلة الأب أو الأم إلا إذا أثبت المضرور ارتكابهما خطأ معيناً يبرر هذه المسؤولية ، لأن قرينة الخطأ المقررة بحق الآباء والأمهات تطوى ببلوغ الأبناء سن الرشد[٩] .

ثالثاً – لا تترتب مسؤولية الأب أو الأم على ابنهما القاصر إلا إذا كان يعيش في كنفهما ويوجد تحت رقابتهما . وهذا ما أراده المشرع عندما حصر في المادة ٨٥ مسؤولية الوالدين في الضرر الذي يحدثه القاصر المقيم معهما . فليس المقصود هنا بالاقامة مع الوالدين السكنى معهما . فالأب والأم يسألان عن الضرر الذي يحدثه ابنهما حتى لو كانا طرداه من المسكن أو لو كان الابن

---

٩ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة ٤٩٥ صفحة ٢٦٧ و ٢٦٨ – وكولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية الجزء ٢ نبذة رقم ٢٠٣ صفحة ١٩٤ .

قد فر منه . بل إن ما تصده المشرع هو أن يكون القاصر في كنفهما وتحت رقابتهما لا تحت رقابة شخص آخر كمعلم مدرسة أو رب حرفة . فالقاصر إذا ذهب إلى المدرسة انتقلت رقابته إلى معلمه ، وإذا ذهب إلى حيث بتعلم حرفة انتقلت الرقابة إلى رب الحرفة .

وبدهي أن رقابة المعلم أو رب الحرفة تقوم فقط في الفترة التي يوجد فيها القاصر في المدرسة أو عند رب الحرفة ، فإذا انتهت هذه الفترة عادت الرقابة إلى أبيه أو أُمّه .

٣٥٦ – **دفع المسؤولية** : مرَّ معنا أن مسؤولية الأب أو الأم تقوم على خطـأ مفترض بمقتضى قرينة قانونية ، وأن هذه القرينة القانونية تقبـل النقض بالبينة المعاكسة . وفي هذا تقول المادة ٨٥ « وتقوم المسؤولية المنوه عنها إلا إذا أثبت الأب أو الأم أنهما لم يتمكنـا من منـع وقوع الفعـل الـذي أدى إليهـا » .

فالأب والأم يستطيعان إذن نفي الخطـأ عن نفسهما إذا أثبتا أنهما يعتنيان بولدهما ويحسنان تربيته ، وأنهما اتخذا الاحتياطات اللازمة للحيلولة دون وقوع العمل الذي أضر بالغير .

وكذلك يستطيعان دفع مسؤوليتهما بنفي علاقة السببية بين الخطأ المفترض في جانبهما والعمل الضار الذي ارتكبه القاصر . فإذا ما أثبت الأب أو الأم أن العمل الضار الذي وقع من القاصر إنما كان لسبب أجنبي من شأنه أن يؤدي إلى وقوعه رغم اتخاذ جميع الاحتياطات – كأن يقيم الدليل على أن العمل الضار قد وقع ممن يخضع للرقابة وقوعاً مفاجئاً لم يكن في الوسع توقعه أو تلافيه ، كما

لو أُصيب ولد بعارض جنون فجأة فقذف أحد المارة بحجر وجرحه — لترتب على ذلك انتفاء علاقة السببية بين الخطـأ المفترض في جانب الأب أو الأم وبين العمل الضار . وانتفاء السببية يؤول حتماً إلى دفع المسؤولية .

ويلاحظ هنا أن انتفاء السببية إنما هو بالنسبة إلى المكلف بالرقابة لا بالنسبة إلى من يخضع للرقابة ، إذ لو كان العمل الضار الذي صدر من القاصر يرجع إلى سبب أجنبي لا يد لهذا القـاصر فيه كأن يكون حصل نتيجة قوة قـاهرة أو نتيجة خطـأ ارتكبه المضرور ذاته ، لانتفت مسؤولية القـاصر نفسه ، وبانتفاء مسؤولية القـاصر تنتفي طبعـاً مسؤولية المكلف برقـابة هـذا القـاصر .

المبحث الثاني

مسؤولية المكلفين برقابة المجانين ومختلي العقل

٣٥٧ — تعيين المسؤولين عن رقابة المجانين ومختلي العقل : ورد في المادة ٨٥ أن « الأب والام وغيرهما من الأقارب أو الأزواج يسألون عن الأضرار التي يحدثها المجانين وغيرهم من مختلي العقل ، إذا كانوا يقيمون معهم وذلك حتى لو كانوا قد بلغوا سن الرشد » ثم أضافت المادة المذكورة « ويسري نفس الحكم على من يتحمل بمقتضى عقد رعاية هؤلاء الأشخاص أو رقابتهم » .

فمصدر واجب رقابة المجانين ومختلي العقل قد يكون إذن القانون وقـد يكون الاتفاق : يقع واجب الرقابة قانوناً على الأب والأم والزوج والزوجة أو بصورة أعم على أي قريب يقيم معه المجنون أو مختل العقل من جد أو جدة أو

عم وعمة أو خــال وخــالة[١٠]. وتجب الرقابة اتفاقاً على كل شخص يعهد إليه بمقتضى عقد برعاية المجنون كمدير مستشفى خاص بالأمراض العقليه ، أو طبيب أو ممرض تسند إليه مهمة رعاية مختل العقل .

٣٥٨ – **شروط تحقق المسؤولية** : يشترط لتحقق مسؤولية متولي الرقابة الشروط التالية :

(آ) يجب أن يكون هناك شخص تجعله حالته العقلية في حاجـــة إلى رعاية تحول دون صدور عمل منه يضر بالغير كأن يكون مصاباً بجنون أو عته أو اختــلال في ملكاته العقلية . فالرقابة هنا تقوم إذن لسبب غير سبب السن . لذلك كان المكلف بالرقابة مسؤولاً في هذه الحالة عمن هو تحت رقابته حتى لو كان بالغاً سن الرشد .

(ب) لا تترتب مسؤولية المكلفين بالرقابة قانوناً أي الأب أو الأم وغيرهما من الأقارب أو الازواج ، إلا إذا كان المجنون أو مختل العقل تحت رقابتهم ، شأنهم في ذلك شأن المكلفين برقابة القصر . لذا علق المشرع قيام مسؤوليتهم على كون المجنون أو مختل العقل « مقيماً معهم » ، والمقصود بهذه العبارة هنا كما بالنسبة للمكلفين برقابة القصر ، أن يكون المجنون أو مختل العقــل في كنف أقربائه المكلفين برقابته ، لا في كنف شخص آخر كمدير مستشفى أو طبيب أو ممرض إذ في هذه الحالة تتلاشى الرقابة القانونية ، وتحل محلها الرقابة

---

١٠ وهكذا تكون حلقة الأشخاص المكلفين بالرقابة قانوناً أوسع بالنسبة للمجانين ومختلي العقل منها بالنسبة للقصر حيث هي قاصرة على الأب أو الأم .

التعاقدية ، فيصبح هؤلاء هم المسؤولون عن الأعمال الضارة التي يرتكبها المجنون أو مختل العقل الذي عهد إليهم برعايته .

٣٥٩ - **دفع المسؤولية** : إن مسؤولية المكلفين قانوناً أو بمقتضى عقد برقابة المجانين وغيرهم من مختلي العقل مبنية على خطأ مفترض ، بمقتضى قرينة قانونية تقبل الدليل العكسي . لذا أجاز لهم المشرع دفع مسؤوليتهم إذا هم أثبتوا أنهم باشروا على المجانين وغيرهم من مختلي العقل الرقابة الضرورية وأن أي إهمال لا يمكن أن يسند إليهم في القيام بواجب الرقابة .

كذلك يستطيع المكلفون برقابة المجانين ومختلي العقل دفع مسؤوليتهم ، بنفي علاقة السببية بين الخطأ المفترض في جانبهم وبين العمل الضار الذي ارتكبه من هو واقع تحت رقابتهم ، كأن يثبتوا أنهم كانوا يجهلون الصفة الخطرة في مرض المجنون ، وهي حالة نص عليها المشرع صراحة إذ أجاز للمكلف في الرقابة أن يتحلل من المسؤولية إذا هو أقام الدليل على أنه « كان يجهل خطورة مرض المجنون » .

ثم إن مسؤولية المكلفين بالرقابة تنتفي إذا ما انتفت مسؤولية من هو واقع تحت رقابتهم كأن يثبتوا أن الحادثة التي سببت الضرر قد وقعت بخطأ المضرور نفسه (وهي حالة عرض لها المشرع) أو كأن يثبتوا أن الضرر الذي أصاب المضرور كان نتيجة قوة قاهرة أو حادث فجائي أو خطأ الغير ، حيث تنتفي كذلك مسؤولية المجنون أو مختل العقل ، وانتفاء هذه المسؤولية تستتبع بالضرورة انتفاء مسؤولية المكلف برقابته .

المبحث الثالث

مسؤولية أرباب الحرف

٣٦٠ – نصت المادة ٨٥ على أن « أرباب الحرف يسألون عن الضرر الحاصل من المتعلمين عندهم خلال الوقت الذي يكونون فيه تحت رقابتهم » .

فالمتعلم يعتبر أثناء عمله تحت رقابة رب الحرفة الذي يتمرن لديه .

لذا فكل ضرر يحدثه المتعلم للغير ، وهو تحت هذه الرقابة ، يسأل عنه رب الحرفة . وتستدعي هذه الحالة من الرقابة الملاحظات التالية :

اولاً – إن الضرر الذي نحن بصدده والذي يسأل عنه رب الحرفة هو الضرر الذي يلحقه المتعلم بالغير . أما الضرر الذي يصيب المتعلم نفسه أثناء العمل فأثاره تخضع للتشريع المتعلق بطوارئ العمل .

ثانياً – لا تترتب مسؤولية رب الحرفة إلا إذا كان الضرر وقع أثناء وجود المتعلم تحت رقابته . أما إذا انتهت فترة التمرين ، وغادر المتعلم محل عمله ، فتطوى رقابة رب الحرفة ، وتعود الرقابة إلى الأب أو الأم فيصبحان مسؤولين وحدهما عما يمكن أن يحدثه المتعلم من ضرر . هذا ما لم يكن المتعلم كامل الأهلية، فيتحمل بنفسه مسؤولية أعماله الضارة .

ثالثاً – إن مسؤولية رب الحرفة كمسؤولية المكلفين برقابة القصر أو المجانين ومختلي العقل مدارها خطأ مفترض ، بمقتضى قرينة قانونية تقبل

البينة المعاكسة . لذا يصلح هنا ما قلناه هناك[١١] بصدد دفع المسؤولية في الحالة التي يثبت فيها رب الحرفة أنه قام بواجب الرقابة بما تقتضيه العناية اللازمة ، واتخذ الاحتياطات المعقولة ليحول دون وقوع الضرر ، وكذلك في الحالة التي يتمكن فيها من نفي علاقة السببية بين الخطأ المفترض في جانبه وبين العمل الضار الذي ارتكبه المتعلم ، كأن يثبت أن العمل الضار قد ارتكبه المتعلم نتيجة إصابته بعارض جنون مفاجئ لم يكن في الوسع توقعه أو تلافيه ، أو في الحالة التي تنتفي فيها مسؤولية المتعلم نفسه كأن يكون الضرر قد وقع نتيجة قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو خطأ المضرور أو خطأ الغير .

الفرع الثالث

مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع

٣٦١ – **نظرة ايضاحية** : نصت المادة ٨٥ على أن « المخدومين ومن يكلفون غيرهم برعاية مصالحهم يسألون عن الضرر الذي يحدثه خدامهم ومأموروهم في أداء الوظائف التي شغلوهم فيها » .

وبعبارة أُخرى يسأل المتبوع عن الضرر الذي يحدثه تابعه في أداء الوظيفة التي كلفه بها .

وتتميز مسؤولية المتبوع ، من حيث أنها مقررة بقرينة قانونية قاطعة لا تقبل اثبات العكس ، وذلك بخلاف مسؤولية رب الحرف ومسؤولية المكلفين برقابة

---

١١ راجع نبذة رقم ٣٥٦ ونبذة رقم ٣٥٩ أعلاه .

القصر أو برقابة المجانين وغيرهم من مختلي العقل ، حيث القرينة التي تقوم عليها مسؤوليتهم يمكن نقضها بالدليل العكسي كما سبق بيانه .

وتجدر الملاحظة ، إلى أن قولنا إن القرينة القانونية القائمة بحق المتبوع لا تقبل الدليل العكسي ، يعني فقط أن المتبوع لا يستطيع درء المسؤولية عن نفسه عن طريق إقامة الدليل على أنه قام بواجب الاشراف والرقابة على أحسن وجه ، وأن أي خطأ لا يمكن أن يسند إليه من هذا القبيل . ولكنه لا يعني أن مسؤولية المتبوع لا يمكن دفعها أبداً . فالمتبوع يستطيع دفع المسؤولية عنه إذا هو أثبت أن الضرر الذي أصاب المضرور إنما كان لسبب أجنبي لا يد للتابع فيه ، كما لو كان وقع نتيجة قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو نتيجة خطأ المضرور نفسه . ففي مثل هذه الحالة تنتفي مسؤولية التابع وانتفاؤها يمنع بالضرورة ترتيب أي مسؤولية في جانب المتبوع .

٣٦٢ – **أساس مسؤولية المتبوع** : اختلف القول في تحديد أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه وأدليت آراء كثيرة في هذا الموضوع :

(آ) فرأي يبني هذه المسؤولية على خطأ مفترض في جانب المتبوع وهو خطأ في اختيار التابع وخطأ في الرقابة والتوجيه[١٢] . وهذا الرأي هو الذي ورد على لسان واضعي القانون المدني الفرنسي في معرض تبرير مسؤولية المتبوع ، وهو الذي كان ويكاد حتى اليوم يسود الاجتهاد الفرنسي الذي يقيم هذه

---

١٢ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٥١٠ و ٥١١ صفحة ٢٧٤ و ٢٧٥ – وكولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٢١٠ صفحة ١٩٨ .

المسؤولية على فكرة الخطأ المفترض معتداً أكثر فأكثر بالخطأ في الرقابة والتوجيه ، إذ هو قرر مسؤولية المتبوع في حالات لا يعود إليه فيها حق اختيار التابع وتعيينه كما في مسؤولية مدير محطة سكة حديد عن أعمال موظفي المحطة الذين يعملون تحت إمرته ، وإن كان لا دخل له في تعيينهم[١٣] أو كما في مسؤولية مدينة باريس عن أخطاء رجال الأطفاء ، رغم أنهم يشكلون جهازاً عسكرياً خاضعاً من حيث التعيين لوزارة الحربية[١٤] .

(ب) ورأي يجرد مسؤولية المتبوع من فكرة الخطأ المفترض ويقيمها على أسس أخرى : فأنصار نظرية تبعة المخاطر (théorie du risque) يجدون في مسؤولية المتبوع تطبيقاً من تطبيقات هذه النظرية . فهم يقولون إن المتبوع يفيد من نشاط تابعه ، فعليه أن يتحمل تبعة هذا النشاط إذ الغرم بالغنم . وقد لوحظ على هذا الرأي أن فكرة تحمل التبعة لو كانت هي أساس مسؤولية المتبوع ، لوجب أن نعتبره مسؤولاً عن جميع الأعمال التي يقوم بها التابع في ممارسة وظيفته سواء أكانت هذه الأعمال خاطئة أو مجردة من الخطأ ، والأمر ليس كذلك إذ القانون يشترط لتحقق مسؤولية المتبوع أن يقع من التابع خطأ .

(ج) وقد حاول البعض بناء مسؤولية المتبوع على فكرة الضمان (Garantie) ، فقالوا لئن كان المتبوع يسأل عن الأضرار التي تلحق الغير نتيجة خطأ تابعه ، فذلك لأن المشرع وجد أن يجعله ضامناً لهذه الأضرار . ولكن لوحظ على هذا

---

١٣ نقض فرنسي (الغرف مجتمعة) قرار ٤ يناير ١٨٦٦ دالوز ١٨٦٧ – ١ – ٨٤ .

١٤ مجلس الدولة ، قرار ٩ نوفبر ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٦ – ١٠ .

الرأي أنه لا يبين سبباً لهذا الضمان القانوني ، كما لا يبين سبباً لقصر هذا الضمان على ما يرتكبه التابع من خطأ ليس إلا .

لذلك يبقى الرأي الذي يبني مسؤولية المتبوع على فكرة الخطأ المفترض هو الرأي الأصوب ، على أن يكون الاعتداد بالدرجة الأولى لا بالخطأ في اختيار التابع ، بل بالخطأ في الرقابة والتوجيه .

٣٦٣ – **شروط مسؤولية المتبوع** : يشترط كي تتحقق مسؤولية المتبوع توافر شرطين :

الشرط الأول : قيام علاقة تبعية بين شخص المتبوع وشخص التابع

الشرط الثاني : صدور خطأ من التابع في حال أداء وظيفته .

لنفصل الكلام في كل من هذين الشرطين .

٣٦٤ – **الشرط الأول : قيام علاقة تبعية** : لا بد لترتب المسؤولية هنا من وجود علاقة تبعية بين شخصين بحيث يكون أحدهما خاضعاً للآخر . ويتحقق ذلك إذا كان للمتبوع على تابعه سلطة فعلية في الرقابة والتوجيه .

(آ) يجب أن تتوفر للمتبوع سلطة فعلية على تابعه . ولا يقتضي ذلك أن تكون هذه السلطة بموجب عقد . صحيح أنه يوجد على الأغلب عقد ويكون هذا العقد عقد عمل كما هي الحال بالنسبة إلى الخادم والعامل والسائق والمستخدم . غير أنه قد يحصل أن يكون العقد باطلاً ، ومع ذلك تقوم علاقة التبعية ، ما دامت هناك سلطة فعلية للمتبوع على التابع . بل لا يمنع من قيام الرابطة التبعية انتفاء العلاقة التعاقدية بين التابع والمتبوع : فالأب الذي يترك

قيادة السيارة إلى ابنه يعتبر متبوعاً بالنسبة إلى الابن ، ولو أن العلاقة بينهما لا تعتبر عقداً .

ولا يشترط أن يكون المتبوع قد اختار تابعه ، إذ أن علاقة التبعية قد تقوم رغم كون التابع فرض على المتبوع . فمدير المحطة ، كما مر معنا ، يسأل عن موظفي المحطة الذين يعملون تحت إمرته ، رغم أنه لا دخل له في تعيينهم .

وجدير بالذكر أن بعض التشريعات الحديثة كالقانون المدني المصري والقانون المدني السوري نصت صراحة على ذلك إذ قررت أن رابطة التبعية تقوم «ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه »[١٥] .

ولا يشترط كذلك أن يكون استخدام التابع مقابل بدل ، لأن العبرة للعلاقة القائمة بين الفريقين لجهة تنفيذ العمل ، لا للاجرة التي يستحقها التابع . وقد تقوم رابطة التبعية بين الرجل وزوجته ، وبين الأب وابنه ، وبين الصديق وصديقه كما لو كلف صاحب السيارة زوجته أو ابنه أو صديقه بقيادتها .

(ب) ثم يجب أن تتناول هذه السلطة الفعلية رقابة التابع وتوجيهه . ويراد بذلك أن تكون للمتبوع سلطة اصدار الأوامر للتابع لتوجيهه في عمله ، وسلطة الرقابة على تنفيذ هذه الأوامر . ومن ثم يعتبر تابعاً الخادم في علاقته بمخدومه والسائق في علاقته بصاحب السيارة والعامل في علاقته بمشغله والمستخدم

---

١٥ راجع المادة ١٧٤ من القانون المدني المصري والمادة ١٧٥ من القانون المدني السوري .

في علاقته بصاحب العمـل ، والممرضة في علاقتها بالطبيب الذي تعمل في خدمته .

ولا يشترط أن يباشر المتبوع على التابع حق الرقابة والتوجيه من الناحيـة الفنية ، بل يكفي أن يباشر هذه الرقابة وهذا التوجيه من الناحية الادارية : فصاحب السيارة ، ولو كان يجهل القيادة ، يعتبر متبوعاً للسائق ؛ ، وصاحب المستشفى ، ولو لم يكن هو نفسه طبيباً ، يعتبر متبوعاً بالنسبة إلى الأطباء الذين يعملون في المستشفى لحسابه .

ولما كان قيام الرابطة منوطاً بوجود حق الرقابة والتوجيه ، فان انتفاء هـذا الحق يفضي بالضرورة إلى انتفاء تلك الرابطة : فهكذا لا يعتبر تابعاً الطبيب الذي يعمل في مستشفى لحسابه بالنسبة إلى إدارة المستشفى ، ولا الطبيب المكلف بمعالجة العمال بالنسبة إلى صاحب المصنع ، ولا المقاول إذا كان مستقلاً في عمله بالنسبة إلى رب العمل ، وذلك لانتفاء وجود السلطة الفعلية في الرقابـة والتوجيه في مثل هذه الحالات .

وهكذا أيضاً لو أُقيمت حفلة بعناية جمعية رياضية أو مؤسسة منظمـة لبعض أنواع من اللعب ، واشترك أعضاء الجمعية أو غيرهم باللعب أو السباق ، فإنهم ، بالرغم من خضوعهم لنظام الحفلة أو السباق ، لا يتقيدون برأي الجمعية أو المؤسسة ، ولا يفقدون حريتهم في التصرف أثناء العمل . ولهذا لا يعتبرون تابعين في أعمالهم غير المشروعة إلى الجمعية أو المؤسسة التي أقامت الحفلة .

وكذلك لا يعتبر الشريك والوكيل والفضولي تابعاً للشركة أو للموكل أو لرب المال ، ولا تقع مسؤولية أعمالهم غير المشروعة على هؤلاء الآخرين .

٣٦٥ – المتبوع الأصلي والمتبوع العرضي : قد يكون شخص تابعاً لشخص ، ويوضع ، بارادة المتبوع ، تحت تصرف شخص آخر . عندئذ يوجد متبوعان : متبوع أصلي ومتبوع عرضي (commettant occasionnel) . فأي متبوع تقع عليه مسؤولية أعمال ذلك التابع ؟

القاعدة أن المسؤولية منوطة بحق الرقابة والتوجيه . فحيث يكون هذا الحق تكون المسؤولية .

وعليه يبقى المتبوع الأصلي مسؤولاً عن الخطأ الذي يصدر من التابع أثناء قيامه بالعمل لدى المتبوع العرضي ، إذا ظل التابع خاضعاً لأوامر متبوعه الأصلي كما لو أجر شخص سيارته لآخر مع سائقها لمدة قصيرة ، محتفظاً بسلطته على هذا السائق الذي بقي يتلقى منه التوجيه وبدل أجرته .

ويصبح المتبوع العرضي مسؤولاً عن خطأ التابع ، إذا تبين أن المتبوع الأصلي قد نزل عن سلطته في الرقابة والتوجيه لمصلحة المتبوع العرضي ، كما إذا أعار أو أجر شخص سيارته مع سائقها لآخر ، وكانت الاجارة أو الاعارة لمدة طويلة .

ويعود لقاضي الموضوع ، في ضوء ظروف كل قضية ، تقدير ما إذا كانت السلطة في رقابة وتوجيه التابع ، قد بقيت للمتبوع الأصلي ، أم انتقلت إلى المتبوع العرضي .

٣٦٦ – الشرط الثاني : صدور خطأ من التابع في حال اداء وظيفته :
لا يسأل المتبوع عن كل خطأ يصدر من التابع ، وإنما يسأل عن الخطأ

الذي يرتبط ارتباطـاً وثيقـاً بالعمل الذي يقوم به التابع لحساب المتبوع .

وعليه يجب ، كي تتحقق مسؤولية المتبوع ، أن يصدر خطأ من التابع ، وأن يكون هذا الخطأ وقع في حال أداء الوظيفة .

(آ) يجب أن يصدر خطأ من التابع : ذلك أن مسؤولية المتبوع مسؤولية تبعية . فهي لا تقوم إلا إذا تحققت مسؤولية التابع . ومن ثم فانه يشترط ، لكي تتحقق مسؤولية المتبوع ، أن يقع من التابع خطأ يسبب ضرراً للغير . وبعبارة أُخرى ، لا بد حتى تتحقق مسؤولية المتبوع ، أن تتحقق أولاً مسؤولية التابع . وهذا ما أكده المجلس الأعلى إذ عرض عليه قرار صادر عن محكمة الاستئناف في الرباط تضمن اعتبار صاحب سيارة مسروقة مسؤولاً عن الضرر الذي حصل لسيارة أُخرى ، نتيجة اصطدام وقع بين السيارتين ، تأسيساً على أن سائق السيارة المسروقة إذ ترك مفتاح المحرك داخل السيارة ، قد سهل على السارق سرقتها ، وارتكب بذلك خطأ يسأل عنه متبوعه صاحب السيارة . فالمجلس الأعلى قد قرر نقض قرار المحكمة ، وعلل النقض بقوله إن مسؤولية المتبوع لا تقوم إلا إذا ثبت ارتكاب التابع خطأ ، وإن وقوع الحادث في الظروف المبينة أعلاه ، لا يقوم معه الدليل على أن الضرر الحاصل كان نتيجة مباشرة لاهمال السائق[١٦] .

(ب) يجب أن يكون خطأ التابع قد وقع وهو يؤدي الوظيفة المعهود بها

---

١٦ المجلس الأعلى (الغرفة المدنية) قرار رقم ٥٥٧٠ تاريخ ٢ - ٦ - ١٩٦٤ مجموعة قرارات المحاكم الاستئنافية في المغرب العدد ١٧٣ - ١٧٤ يناير - حزيران ١٩٦٤ صفحة ٣٠٨ .

اليه ، كأن يدهس سائق سيارة ، وهو يقود صاحبها إلى مقر عمله ، شخصاً في الطريــق عن خطأ ، أو كأن يخطئ الطبيب الذي يعمل لحساب مستشفى خطأ فادحاً في علاج مريض : ذلك أن أساس مسؤولية المتبوع عن تابعــه قائم على ما للأول من سلطة فعلية على الثاني في الرقابة والتوجيه ، أثناء تأديــة الخدمة فلا بد من أن تربط هذه المسؤولية بصلة تقوم بين الفعل الضار والوظيفة المكلف بها . ولهذا ينعدم أساس المسؤولية بانعدام هذه الصلة التي هي شرط احترازي لتحققها . وعليه لا مسؤولية على المتبوع عندما يكون عمل التابع خارجاً عن دائرة الخدمة التي يقوم بها من حيث الزمان أو المكان المعينين للعمل ، كما لو وقع الحادث الذي أدى إلى الاضرار بالغير ، في غير وقت العمل أو خارج المصنع ، أي في الطريق بعد انقضاء ساعات العمل ، أو في أيام العطلة .

(ج) على أن الاجتهاد في فرنسا ، رغم اقتصار النص في المادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي على الخطأ الذي يرتكبه التابع في حال تأدية الوظيفة ، شأن النص الوارد في المادة ٨٥ من قانون الالتزامات والعقود المغربي ، لم يقف عند الحدود التي يفرضها ظاهر النص ، بل اعتبر المتبوع مسؤولاً أيضاً عن الخطأ الذي يرتكبه التابع بسبب الوظيفة[١٧] .

ويقصد بالخطأ الواقع بسبب الوظيفة ، الخطأ الذي يرتكبه التــابع وهو لا يؤدي عملاً من أعمال وظيفته ولكن تربطه مع ذلك بالوظيفة ، علاقة سببية وثيقة ، بحيث لولا الوظيفة لمــا استطاع التابع ارتكاب الخطأ ، كأن يرى خادم سيده يتضارب مع شخص آخر ، فيهب لمساعدته ويضرب الشخص الآخر

١٧ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٥١٢ صفحة ٢٧٥ .

ضرباً يفضي إلى موته حيث يسأل المخدوم عن خطأ خادمه ، أو كأن يستلم بواب عمارة ، دون تفويض ، رسالة مضمونة مرسلة لأحد المستأجرين ولا يسلمها لصاحبها ، حيث يسأل مالك العمارة عن خطأ هذا البواب ، أو كأن يقدم سائق سيارة ، وهو في خدمة صاحبها ، على استعمالها لمنفعته الشخصية بذهابه لنزهة أو لغرض خاص ، حيث يسأل صاحب السيارة عن خطأ السائق .

وجدير بالذكر أن بعض التقنينات الحديثة ، كالقانون المدني المصري والقانون المدني السوري أوضحت صراحة أن « المتبوع يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه ، بعمله غير المشروع ، متى كان واقعاً في حال تأدية الوظيفة أو بسببها »[١٨] .

ورغم اقتصار نص المادة ٨٥ من قانون الالتزامات والعقود المغربي على الخطأ الذي يرتكبه التابع في أداء الوظيفة المكلف بها ، فاننا نرى السير على النهج الذي اتبعه القضاء الفرنسي والقول بتحقق مسؤولية المتبوع عن الأخطاء التي يرتكبها التابع ، لا أثناء تأدية وظيفته فحسب ، بل أيضاً عن الأخطاء التي يرتكبها بسبب الوظيفة .

ويبدو أن القضاء المغربي قد سلك هذا الطريق ، إذ هو قرر أن مسؤولية المتبوع لا تقوم فقط في الحالات التي يكون فيها التابع قد نفذ في عمله تعليمات متبوعه بكل دقة ، بل إنه يكتفى لتحقق مسؤولية المتبوع ، أن تقوم الرابطة السببية أو رابطة التلازم بين الوظيفة التي عهد بها إلى التابع ، وبين الخطأ الذي نجم عنه الضرر ، بحيث لولا الوظيفة لما استطاع التابع ارتكاب العمل الذي

---

١٨ راجع المادة ١٧٤ من القانون المصري والمادة ١٧٥ من القانون السوري .

سبب الضرر للغير . وعليه فإن صاحب المرآب (الكاراج) يعتبر مسؤولاً عن الحارس الذي عهد اليه بحراسة هذا المرآب إذا ما استغل الحارس وظيفتــه ، واستعمل ، دون علم متبوعه ، دراجة نارية كانت سلمت إلى صاحب المرآب قصد بيعها ، فصدم بخطأه سيارة للغير ، وألحق أضراراً بهذه السيارة[١٩] . وفي قرار آخر اعتبر القضاء صاحب سيارة شحن مسؤولاً عن الضرر الذي أصاب شخصاً نقله السائق في هذه السيارة مقابل أجر ، وعلل مسؤولية صاحب السيارة بقوله إن متبوع السائق يبقى مسؤولاً عن أعمال تابعه حتى لو أن هذا التابع قد أساء استعمال وظيفته ما دام أن العمل الذي قام به التابع ليس غريباً عن وظيفته بل هو مرتبط بها ، بحيث لم يكن ليستطيع القيام به لولا الوظيفة الموكولــة إليه »[٢٠] . وكذلك قرر المجلس الأعلى « أن المكلفين غيرهم بأعمال خاصة بهم مسؤولون عما يحدثه من الأضرار مستخدموهم حين تعاطيهم في أوقاتهم العادية بصفة منتظمة لأعمالهم المنوطة بهم . وتمتد مسؤوليتهم لما يحدثه هؤلاء المستخدمون من الأضرار لغيرهم بسبب ما يجدونه من تسهيلات في نطـــاق مزاولتهم لأعمالهم »[٢١] .

---

١٩ محكمة استئناف الرباط (الغرفة الثالثة) قرار رقم ٥٦٥٠ تاريخ ١٨ ديسمبر ١٩٦٤ مجموعة قرارات المحاكم الاستئنافية في المغرب العدد ١٧٥ – ١٧٦ يوليوز – ديسمبر ١٩٦٤ صفحة ٥١٥ .

٢٠ محكمة استئناف الرباط (الغرفة الأولى) قرار رقم ٥٥٩٥ تاريخ ٢٨ يناير ١٩٦٤ مجموعة قرارات المحاكم الاستئنافية في المغرب العدد ١٧٣ – ١٧٤ يناير – يونيو ١٩٦٤ صفحة ٣٨٥ .

٢١ المجلس الأعلى الحكم عدد ٥٥٢ وتاريـــخ ١٨ فبراير ١٩٦٠ مجلة القضاء والقانون العدد ٢٩ مايو ١٩٦٠ صفحة ٣١٣ .

الفصل الثالث

المسؤولية الناشئة عن الحيوان والأشياء

٣٦٧ – **نظرة عامة** : خص المشرع المغربي للمسؤولية الناشئة عن الحيوان والأشياء المواد ٨٦ إلى ٩٠ من قانون الالتزامات والعقود حيث عرض لمسؤولية حارس الحيوان ، ثم لمسؤولية حارس الأشياء ، ثم لمسؤولية مالك البناء عن الضرر الذي يمكن أن يلحقه الحيوان أو الشيء أو البناء بالغير .

ولسوف نبحث في مختلف هذه المسؤوليات ونخص لكل واحدة منها فرعاً مستقلاً .

وعليه سنقسم هذا الفصل إلى ثلاثة فروع :

الفرع الأول : مسؤولية حارس الحيوان .

الفرع الثاني : مسؤولية حارس الأشياء .

الفرع الثالث : مسؤولية مالك البناء .

الفرع الأول

مسؤولية حارس الحيوان

٣٦٧ - **مخطط البحث** : عرض المشرع المغربي لمسؤولية حـــارس الحيوان عن الأضرار التي يسببها للغير في المادتين ٨٦ و ٨٧ .

وفي ضوء نص هاتين المادتين ، سنبحث في الأساس الذي يمكن أن تبنى عليه مسؤولية حارس الحيوان ، ثم في الشروط الواجب توافرها لتحقق هذه المسؤولية .

وعليه سيتضمن هذا الفرع مبحثين :

المبحث الأول : أساس مسؤولية حارس الحيوان .

المبحث الثاني : شروط مسؤولية حارس الحيوان .

المبحث الأول

أساس مسؤولية حارس الحيوان

٣٦٩ - **مسؤولية حارس الحيوان تقوم على فكرة الخطأ المفترض** : اختلفت الآراء في تحديد أساس مسؤولية حارس الحيوان .

(آ) فبعضهم قال إن أساس هذه المسؤولية هو تحمل التبعة . فصاحب الحيوان هو الذي يفيد منه ، فعليه إذن تقع تبعة ما يلحقه من ضرر بالغير إذ

الغرم بالغنم . ومن القائلين بهذه النظرية الفقيه الفرنسي « جوسران »[١] . ولكن لوحظ على هذا الرأي أنه لا يتفق مع كون المسؤول هو حارس الحيوان وليس المنتفع منه . فلو عُهد مثلاً بحيوان إلى طبيب بيطري للمعالجة ، وأحدث هذا الحيوان ضرراً للغير وهو في عهدة الطبيب البيطري ، فإن المسؤولية تقع على الطبيب بوصفه حارساً ، رغم أنه ليس هو المنتفع من الحيوان .

(ب) وقال آخرون إن مسؤولية حارس الحيوان تقوم على خطأ مفترض في جانب الحارس وهو خطأ في الرقابة والتوجيه . وهذا القول هو المعول عليه في الفقه وهو السائد في الاجتهاد[٢] .

٣٧٠ – **دفع مسؤولية حارس الحيوان** : (آ) قام نقاش في فرنسا حول معرفة ما إذا كانت قرينة الخطأ التي بنى عليها المشرع مسؤولية حارس الحيوان هي قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس ، كالقرينة المقررة بحق المتبوع ، أم أنها قرينة قانونية تقبل البينة المعاكسة ، شأن القرينة المقررة بحق المكلفين برقابة الغير كالأم أو الأب أو المكلفين برقابة المجانين وغيرهم من مختلي العقل .

فإذا اعتبرت قرينة الخطأ قرينة قاطعة ، امتنع على حارس الحيوان التحلل من مسؤوليته ، لمجرد أن يثبت أنه قام بواجب حراسة الحيوان ورقابته خير قيام . بل لا بد له من إقامة الدليل على أن الضرر الذي أصاب المضرور ، يرجع لسبب

---

١ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية الجزء ٢ نبذة رقم ٥٢٣ صفحة ٢٨٣ .

٢ كولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٢١٥ صفحة ٢٠٣ .

أجنبي لا دخل له فيه ، كالقوة القاهرة أو الحدث الفجائي أو خطأ المضرور نفسه ، أو خطأ الغير .

أما إذا اعتبرت قرينة الخطأ قابلة للدليل العكسي ، فبوسع حارس الحيوان، أن يدفع عنه المسؤولية إذا ما أثبت أنه قام بواجب حراسة الحيوان ورقابته ، وأن خطأ ما لا يمكن أن ينسب إليه من هذا القبيل .

(ب) الرأي السائد فقهاً واجتهاداً في فرنسا هو أن قرينة الخطأ التي تقوم عليها مسؤولية حارس الحيوان هي قرينة قاطعة . ولمحكمة النقض الفرنسية قرارات عديدة بهذا المعنى تؤكد جميعاً على أن هذه المسؤولية لا يمكن دفعها ، إلا إذا ثبت أن سبب الضرر الذي ألحقه الحيوان بالغير ، يرجع إما لقوة قاهرة أو لخطأ من المضرور أو لخطأ ارتكبه الغير[٣] .

والتقنينات الحديثة كالتقنين السوري والمصري تبنت صراحة هذا الرأي ، إذ هي رتبت المسؤولية على حارس الحيوان « ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه »[٤] .

(ج) أما المشرع المغربي فقد فضل أن لا يتشدد في مسؤولية حارس الحيوان ، واعتبر قرينة الخطأ التي بنى عليها هذه المسؤولية قرينة قابلة للبينة المعاكسة . ذلك أن المادة ٨٦ لم تقتصر على السماح لحارس الحيوان بأن يدفع

---

٣ نقض فرنسي ، قرار ٢ يوليوز ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٢ – ١ – ٤٣١ ، وقرار ٥ فبراير ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٦ – ١ – ٩٦ ، وقرار ١٧ يوليوز ١٩١٧ دالوز ١٩١٧ – ١ – ١٣٣ .

٤ راجع المادة ١٧٦ من القانون المدني المصري والمادة ١٧٧ من القانون المدني السوري .

المسؤولية إذا هو أثبت أن الحادث الذي سبب الضرر نتج عن ظرف طارئ أو قوة قاهرة[٥] أو من خطأ المضرور [٦] ، بل هي أجازت له أن يتحلل من كل مسؤولية إذا هو أقام الدليل على « أنه اتخذ الاحتياطات اللازمة لمنع الحيوان من إحداث الضرر ولمراقبته » .

(د) ويجدر لفت النظر إلى أن خطأ الغير يدخل في مفهوم القوة القاهرة ويصح إذن أساساً لدفع مسؤولية حارس الحيوان .

(هـ) وكذلك تجدر الملاحظة إلى أن الشخص الذي يحاول إيقاف حيوان أفلت زمامه من يد حارسه ، كجواد جامح ، لينقذ الغير من الضرر ، ويصاب هو بضرر ، لا يعتبر أنه ارتكب خطأ بل من حقه مساءلة حارس الجواد عن الضرر الذي لحق به[٧] .

---

٥ مثال ذلك أن تحدث صاعقة فيفزع جواد ويجمح فيرمي بأحد المارة أرضاً فيصاب بجروح ورضوض – فالحارس في مثل هذه الحالة لا يكون مسؤولاً عن الاضرار إذ كان يستحيل عليه دفعها .

٦ مثال ذلك الجرح الذي يسببه الكلب لشخص دخل في ملك صاحب الكلب دون مبرر وبعد أن حذره البواب من الضرر الذي يمكن أن يصيبه بسبب دخوله في هذا المكان .

٧ محكمة استئناف باريس قرار ١٠ مارس ١٨٩٢ دالوز ١٨٩٤ – ٢ – وقرار ١٧ نوفمبر ١٨٩٤ دالوز ١٨٥٩ – ٢ – ٣٥٨ ، المحكمة البدائية في نيس قرار ٢٤ نوفمبر ١٩٠٩ دالوز ١٩١٠ – ٥ – ٢٢ .

المبحث الثاني

شروط مسؤولية حارس الحيوان

٣٧١ - **تحديد هذه الشروط** : لا بد ، كي تتحقق مسؤولية حارس الحيوان ، من توافر الشرطين التاليين :

الشرط الأول : يجب أن يتولى شخص حراسة حيوان .

الشرط الثاني : يجب أن يحدث الحيوان بفعله ضرراً للغير .

فلنفصل الكلام في كل من هذين الشرطين .

٣٧٢ - **الشرط الأول** : **يجب أن يتولى شخص حراسة حيوان** : يقتضي الإلمام بهذا الشرط تحديد معنى كل من الحراسة والحيوان .

٣٧٣ - (آ) **الحراسة** : نقصد بالحراسة هنا السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه . فحارس الحيوان الذي يتحمل المسؤولية ، هو من يباشر بنفسه أو بواسطة تابعيه سلطة فعلية في رقابة الحيوان وتوجيهه .

وفي ضوء هذا المعيار يمكننا تقرير القواعد التالية :

أولاً : ليس الحارس من يحوز الحيوان حيازة مادية ، لأن الحيازة المادية شيء والحراسة شيء آخر : فالتابع كالراعي أو السائس أو السائق له الحيازة المادية ، ولكنه لا يعتبر حارساً لأنه لا يملك السلطة الفعلية في رقابة الحيوان وتوجيهه . ثم إن المادة ٨٦ ترتب المسؤولية على الحارس حتى في الحالة

التي يكون فيها الحيوان قد « ضل أو تشرد » ، أي حتى في الحالة التي يكون فيها الحارس قد فقد الحيازة المادية للحيوان ، الأمر الذي يدل بصورة قاطعة على استقلال الحراسة عن الحيازة المادية .

ثانياً : ليس الحارس من يتمتع بحيازة الحيوان حيازة قانونية . فلو أن الحيوان سرق من مالكه ، فان الحراسة تنتقل إلى السارق بانتقال السلطه الفعلية إليه ، ويصبح هو المسؤول عن الأضرار التي يحدثها الحيوان المسروق وهو في عهدته .

صحيح أن بعض الشراح ذهب في وقت ما إلى القول بأن حارس الحيوان هو من له على هذا الحيوان الحراسة القانونية الأمر الذي يترتب عليه ألا يكون سارق الحيوان مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه الحيوان الذي سرقه . إلا أن الغرف المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية ، وهي بصدد تحديد معنى الحارس في الأشياء غير الحية ، رفضت الأخذ بهذا القول واعتبرت السارق مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه الشيء الذي سرقه[٨] . ومن ثم يجب أن يطبق هذا الحل بالنسبة لحارس الحيوان .

ثالثاً : الأصل أن مالك الحيوان هو الحارس لأنه هو صاحب السيطرة الفعلية على الحيوان . وعليه إذا رفع المضرور الدعوى على المالك ، فلا يكون عليه أن يثبت أن المالك هو الحارس ، إذ يقوم هذا الافتراض لصالحه ، بل يترتب على المالك أن يثبت أنه لم يكن هو الحارس وقت وقوع الضرر . ويستطيع أن يثبت ذلك بجميع الطرق .

---

٨ نقض فرنسي قرار ٢ ديسمبر ١٩٤١ دالوز الانتقادي ١٩٤٢ – ٢٥ .

ولا يخلو الأمر هنا من وجود إحدى الفرضيات الثلاث التالية :

الفرضية الأولى : الحيوان ليس في حراسة أحد غير المالك . ففي هـذه الفرضية يكون المالك مسؤولاً بوصفه حارساً طبقاً للأصل الذي ذكرناه ، وتبقى مسؤوليته بهذا الوصف قائمة حتى لو « ضل الحيوان أو تشرد »، كما هو منصوص عليه صراحة في المادة ٨٦ .

الفرضية الثانية : الحيوان انتقل إلى حيازة غير المالك برضاء المالك ، وذلك إما للانتفاع به بمقتضى عارية أو إيجار ، أو للمحافظة عليه بمقتضى وديعة ، أو للعلاج عند الطبيب البيطري أو نحو ذلك . فالأصل في مثل هذه الحالات أن تنتقل الحراسة إلى من ينتفع بالحيوان أو يحافظ عليه أو يقوم بعلاجه ، إذ يصبح هو صاحب السلطة الفعلية على الحيوان . هذا ما لم يتضح من ظروف العقد غير ذلك ، كما لو ظل المالك مثلاً محتفظاً باشرافه على الحيوان أثناء العلاج حيث تبقى الحراسة للمالك . ولا بد من التذكير هنا ، بما سبق وقلناه من أن الحيوان إذا انتقل إلى يد التابع ، فإن الأصل أن تبقى الحراسة للمالك ، لأنه هو الذي يظل صاحب السلطة الفعلية في التوجيه والتصرف في أمر الحيوان . هذا ما لم يتبين من الظروف أن المالك قد خول التابع سلطة التوجيه والتصرف في أمر الحيوان ، كما لو كان التابع وكيلاً يمارس عمله في مكان بعيد عن موطن المتبوع وعهد اليه المتبوع في تصريف بضائع له ، ووضع تحت تصرفه لهذا الغرض جواداً يستعمله في تنقلاته . ففي هذه الحالة يعتبر التابع هو الحارس ، وتقع عليه مسؤولية الاضرار التي يحدثها الجواد للغير .

الفرضية الثالثة : الحيوان انتقل إلى حيازة غير المالك بدون رضاء المالك .

في هذه الحالة تنتقل الحراسة إلى هذا الغير ، إذ يصبح هو صاحب السلطة الفعلية على الحيوان . مثل ذلك أن ينتقل الحيوان إلى لص سرقه ، مثل ذلك أيضاً أن يستعمل التابع الحيوان في مصلحته الخاصة متجاوزاً بذلك حدود عقده مع المالك . على أنه يلاحظ في هذه الصورة الأخيرة أن المالك تمكن مساءلته بوصفه متبوعاً . إنما يتعين حينذاك إثبات خطأ صدر من التابع ، بينما مساءلة المالك بوصفه حارساً لا يلزم فيها إقامة الدليل على خطأ ما .

٣٧٤ – (ب) **الحيوان** : لم تحدد المادة ٨٦ الحيوانات التي يسأل حارسها عن الضرر الناشئ من فعلها . لذلك يجب أن تصدق هذة المادة على أي نوع من الحيوان ، لا فرق في ذلك بين حيوان مستأنس وحيوان متوحش . كذلك يستوي أن يكون الحيوان من الدواب كالمواشي والخيل والبغال والحمير والجمال ، أو من الحيوانات الأليفة كالكلاب والقطط ، أو الدواجن ، أو من الطير ، أو من الحيوانات المفترسة كالفيلة والأسود والنمور .

إنما يشترط أن يكون الحيوان مملوكاً لأحد من الناس أو على الأصح أن يتولى شخص حراسته .

أما الحيوانات التي توجد طليقة في عقار ، سواء كانت متوحشة أو غير متوحشة ، فلا يسأل مبدئياً مالك العقار أو مستأجره أو حائزه عن الضرر الذي تحدثه هذه الحيواتات ، إذا لم يكن قد فعل شيئاً لجلبها أو للاحتفاظ بها في هذا العقار ، على ما أوضحته الفقرة الأولى من المادة ٨٧ .

على أن الفقرة الثانية من المادة ٨٧ المذكورة أوجبت المسؤولية في حالتين :

أولاً : إذا وجدت في العقار حظيرة أو غابة أو حديقة أو خلايا مخصصة لتربية أو لرعاية بعض الحيوانات ، إما لغرض التجارة ، وإما للصيد وإما للاستعمال المنزلي .

ثانياً : إذا كان العقار مخصصاً للصيد .

٣٧٥ – **الشرط الثاني : يجب أن يحدث الحيوان بفعله ضرراً للغير** :

لا تترتب مسؤولية حارس الحيوان إلا إذا كان هناك فعل من الحيوان ، وترتب على هذا الفعل ضرر للغير .

لنبين ما هو المقصود بفعل الحيوان ، ثم بالضرر الذي يلحق بالغير .

٣٧٦ – (آ) **فعل الحيوان** : يجب حتى تتحقق مسؤولية حارس الحيوان ، أن يكون الحيوان قد أتى فعلاً ايجابياً سبب إحداث الضرر . أما إذا كان دور الحيوان سلبياً ، كأن يرتطم أحد بحيوان واقف ويصاب بضرر ، أو كأن يسقط شخص أثناء محاولته ركوب جواد وتكسر ساقه ، فإن حارس الحيوان لا تجوز مساءلته لأن الضرر في مثل هذه الحالات لا يعتبر من فعل الحيوان .

واشتراط فعل إيجابي من الحيوان ، لا يعني أن يكون الحيوان قد اتصل اتصالاً مادياً بالمضرور ، بل يكفي أن يكون هو السبب الايجابي في إحداث الضرر . فلو أن حيواناً مفترساً أفلت زمامه من يد حارسه وخرج إلى الطريق العام ، فذعر شخص من المارة فسقط وجرح دون أن يمسه الحيوان ، كان للمضرور أن يعتبر حارس الحيوان مسؤولاً عن الضرر الذي لحق به لأن هذا الضرر يعتبر من فعل الحيوان .

وقد يحصل أن يكون الحيوان في قيادة شخص عند حدوث الضرر كما لو وقع الحادث عندما يمتطي شخص الجواد أو يستعمله لجر مركبة . فهل يعتبر الضرر في مثل هذه الحالة من فعل الإنسان أم من فعل الحيوان ؟ يترتب على الجواب أهمية كبرى من الناحية العملية : فلو اعتبرت الاصابة قد حدثت بفعل الإنسان ، لوجب على المضرور أن يثبت الخطأ وفقاً للقواعد العامة . أما إذا اعتبرت الاصابة بفعل الحيوان ، فلا يكلف المضرور باثبات خطأ لوجود قرينة على خطأ الحارس .

والرأي الأخير هو الرأي الصواب ، وهو الذي نرى وجوب اتباعه : ذلك أن أساس مسؤولية حارس الحيوان هو الخطأ المفترض في الرقابة والتوجيه ، وأن هذا الخطأ المفترض لا يعقل أن يتلاشى لمجرد أن يكون الحيوان في قيادة إنسان ، لا بل إن افتراض الخطأ في مثل هذه الحالة يجد ما يبرره ويستدعيه أكثر مما لو أحدث الحيوان الضرر وهو طليق من قيادة أي إنسان . وجدير بالذكر أن القضاء الفرنسي ، بعد تردد ، انتهى إلى أن مسؤولية الضرر الذي يحدثه الحيوان وهو في قيادة صاحبه ، هي مسؤولية عن فعل الحيوان لا عن فعل الشخص[٩] .

٣٧٧ – (ب) **ضرر الغير** : يسأل الحارس عن أي ضرر يصيب

---

٩ نقض فرنسي قرار ٣٠ يناير ١٩٢٨ سيريه ١٩٢٨ – ١ – ١٧٧ ، وقرار ٢٤ يونيه ١٩٣٠ – ١ – ١٣٧ ، وقرار ٢٩ اكتوبر ١٩٣٢ جازيت دي باليه ١٩٣٣ – ١ – ٢٤٤ .

هذا طبعاً ما لم يكن صاحب الحيوان قد تعمد إحداث الضرر بالغير ، عندئذ تكون مسؤوليته على أساس المادة ٧٧ المتعلقة بالمسؤولية عن الفعل الشخصي .

الغير بفعل الحيوان الذي يكون تحت حراسته كأن يدهس حيوان شخصاً فيصيبه بجروح ، أو يتلف حيوان مزوعات الغير ، أو يعض أحد المارة ، أو ينتقل مرض معد من حيوان إلى آخر يملكه الغير .

ويقصد بالغير هنا كل شخص مما عدا الحارس : فقد يكون الغير شخصاً أجنبياً عن الحارس كعابر سبيل ، وقد يكون تابعاً للحارس كشخص في خدمة مالك الحيوان يكلفه المالك المذكور بأن يسوقه ويعتني به أو يقوم بخدمته ، وقد يكون هو المالك نفسه إذا كان الحيوان في عهدة حارس .

أما الضرر الذي يصيب الحارس نفسه ، عندما يكون شخصاً غير المالك ، فلا يسأل عنه المالك إلا إذا أثبت الحارس خطأ في جانبه طبقاً لقواعد المسؤولية الشخصية ، كأن يكون المالك قد أخفى على الحارس عيباً في الحيوان يعرفه .

وأما الضرر الذي يلحقه الحيوان بنفسه ، كأن يخنق بالحبل الذي ربطه به الحارس الذي عهد اليه المالك برقابة الحيوان ، فلا يستطيع المالك أن يرجع به على الحارس ، إلا إذا أثبت خطأ في جانبه وفقاً للقواعد العامة .

الفرع الثاني

مسؤولية حارس الأشياء

٣٧٨ – **نظرة عامة** : خص قانون الالتزامات والعقود المغربي لمسؤولية حارس الأشياء المادة ٨٨ حيث قال :

« كل شخص يسأل عن الضرر الحاصل من الأشياء التي في حراسته إذا تبين أن هذه الأشياء هي السبب المباشر للضرر ، وذلك ما لم يثبت :

١ – أنه فعل ما كان ضرورياً لمنع الضرر .

٢ – وأن الضرر يرجع إما لظرف طارئ أو لقوة قاهرة أو لخطأ المتضرر » .

وقد أراد المشرع المغربي ، بهذا النص ، أن يستجيب للحاجات الاجتماعية الملحة التي خلقها التطور الاقتصادي والتقدم الصناعي ، مع ما رافقه من ظهور الالآت والوسائل والأدوات الخطرة ، والتي كانت دفعت الفقه والقضاء في فرنسا يتلمسان الوسيلة إلى الأخذ بيد المضرور ، بغية تخفيف عبء الاثبات عنه ، عندما يطالب بالتعويض عن الأضرار التي تسببها له هذه الالآت والوسائل والأدوات الخطرة .

ذلك أن الفقه والقضاء الفرنسيين سارا حتى أواخر القرن التاسع عشر ، على اعتبار الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي ، وبمقتضاها « يسأل الشخص كذلك عن الأشياء التي في حراسته » قاصرة على

المسؤولية عن نوعي الأشياء اللذين ورد عليهما النص في المادتين التاليتين ، أي على المسؤولية عن الحيوان التي عرض لها المشرع في المادة ١٣٨٥ ، والمسؤولية عن تهدم البناء التي بحثها المشرع في المادة ١٣٨٦ . أما ما سوى ذلك من الأشياء فأخضعاه للقواعد العامة ، وعلقا تحقق مسؤولية حارس مثل هذه الأشياء ، على إثبات خطـأ في جانبه ، كأن يثبت المضرور إهمالاً في صيانة الآلة التي أحدثت له الضرر [١٠] .

ولكن التطور العظيم إثر قيام الصناعات الكبيرة ووسائل النقل السريعة وغير ذلك من المخترعات الحديثة ، عرض الأرواح والأموال لكثير من الأخطار والأضرار ، دون أن يستطيع المضرور في أغلب الأحيان من إقامة الدليل على خطأ ارتكبه حارس الأشياء ، وبالتالي من الحصول على تعويض ما عن الضرر الذي أصابه .

لهذا اعتمد الفقه والقضاء في فرنسا وسائل عديدة لمناصرة المضرور ، وتخفيف عبء الاثبات عن كاهله .

فمن هذه الوسائل إقامة المسؤولية عن حوادث العمل وحوادث النقل على أساس المسؤولية العقدية ، بحيث يعتبر الضرر اللاحق بالعامل أو بالشخص المنقول إخلالاً بالتزام رب العمل أو الناقل التعاقدي بالحفاظ على سلامة العامل أو الشخص المنقول ، وموجباً بالتالي للتعويض على المضرور عن الأضرار

---

١٠ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة ٥٣٠ صفحة ٢٨٦ – وكولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٢١٧ صفحة ٢٠٧ – ونقض فرنسي قرار ١٩ يوليوز ١٨٧٠ ، دالوز ١٨٧٠ – ١ – ٣٦١ .

التي لحقت بـه ومست سلامته ، وذلك دون مـا حاجـة لاثبات خطـأ المسؤول[١١] .

ومن هذه الوسائل أيضاً التوسع في تفسير لفظ « البناء » الوارد عليه النص في المادة ١٣٨٦ من القانون المدني بحيث اعتبر هذا اللفظ شاملاً الشجر ومختلف الأشياء من منقول وعقار[١٢] ، وهو تفسير سرعان أن عدل القضاء عنه ، لتناقضه الفاضح مع النص .

ومن هذه الوسائل أخيراً الاستناد إلى العبارة الواردة في الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ وبمقتضاها « يسأل الشخص عن الأشياء التي هي في حراسته » ، والتوسع في تفسير هـــذا النص ، وإقـامة نظرية شاملة على أساسه ، قوامهـا فكرة الخطـأ المفترض في جـانب حارس الشيء شأن مسؤولية حارس الحيوان .

وهذه النظرية هي السائدة منذ زمن طويل في الفقه والاجتهاد في فرنسا . وهي التي تبناها المشرع المغربي في المادة ٨٨ .

٣٧٩ – **مخطط البحث** : سننهج في عرضنا لمسؤولية حارس الأشياء النهج الذي سرنا عليه في بحثنا لمسؤولية حارس الحيوان فنبدأ بالكلام في أساس تلك المسؤولية ثم في الشروط الواجبة لتحققها .

---

١١ نقض فرنسي قرار ٢١ نوفبر ١٩١١ دالوز ١٩١٣ – ١ – ٢٤٩ ، وقرار ٢٧ يناير ١٩١٣ سيري ١٩١٣ – ١ – ١٧٧ ، وقرار ٢٢ يوليوز ٩٢٤ ، سيري ١٩٢٤ – ١ – ١٦١ ، وقرار ٢٤ يوليوز ١٩٣٠ سيري ١٩٣٠ – ١ – ٣٦٨ .

١٢ نقض فرنسي قرار ١٩ مايو ١٨٩٣ دالوز ١٨٩٧ – ١ – ٤٣٥ ، وقرار ١١ مارس ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤ – ١ – ٢٣٧ .

وعليه سنقسم هذا الفرع إلى مبحثين :

المبحث الأول : أساس مسؤولية حارس الأشياء .

المبحث الثاني : شروط مسؤولية حارس الأشياء .

المبحث الأول

أساس مسؤولية حارس الأشياء

٣٨٠ – مسؤولية حارس الأشياء قوامها الخطأ المفترض : اختلفت الآراء في تحديد أساس مسؤولية حارس الأشياء ، كما اختلفت في تحديد أساس مسؤولية حارس الحيوان .

(آ) فالبعض قال إن أساس هذه المسؤولية هو تحمل التبعة . فمن يفيد من الشيء ، عليه تحمل تبعة الضرر الذي يحدث للغير بسبب هذا الشيء ، إذ الغرم بالغنم[١٣] . ولكن لوحظ على هذا القول أن المسؤول هو حارس الشيء وليس المنتفع منه . فلو عُهد مثلاً بسيارة إلى صاحب مرآب قصد إصلاح عطب فيها ، وأحدثت هذه السيارة ضرراً للغير وهي في عهدة صاحب المرآب ، فإن مسؤولية التعويض عن الضرر تترتب على صاحب المرآب بوصفه حارساً رغم أن هذا الأخير ليس هو المنتفع من السيارة .

(ب) والبعض الآخر أفتى بأن مسؤولية حارس الشيء قوامها الخطأ

---

١٣ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٥٥٣ صفحة ٣٠٣ .

المفترض في جانب الحارس ، وهو خطأ في الرقابة وعدم بذل العناية الخاصة التي تتطلبها حراسة الشيء . وهذا الرأي هو المعول عليه في فرنسا[١٤] . وهو الذي يتبناه القضاء في المغرب[١٥] .

٣٨١ – **دفع مسؤولية حارس الأشياء** : (آ) قام بهذا الصدد نقاش في فرنسا مماثل للنقاش الذي قام بصدد مسؤولية حارس الحيوان ، لمعرفة ما إذا كانت قرينة الخطأ التي بنيت عليها مسؤولية حارس الأشياء ، هي قرينة قاطعة لا تقبل اثبات العكس أم أنها قرينة قانونية تقبل الدليل العكسي .

وللمسألة أهمية كبيرة .

فإذا اعتبرت قرينة الخطأ قرينة قاطعة ، امتنع على حارس الشيء دفع مسؤوليته لمجرد أن يثبت قيامه بواجب الرقابة على الوجه الأكمل بل لا بد له ، حتى يتحلل من المسؤولية ، من إقامة الدليل على أن الضرر الذي أصاب المضرور يرجع لسبب لا يد له فيه كالقوة القاهرة أو الحدث الفجائي أو خطأ المضرور نفسه أو خطأ الغير .

أما إذا اعتبرت قرينة الخطأ قابلة للدليل العكسي ، فبوسع حارس الشيء

---

١٤ كولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٢١٧ صفحة ٢٠٧ .

١٥ محكمة الاستئناف في الرباط (الغرفة الأولى) قرار رقم ٥٥٩٠ تاريخ ١٤ – ١ – ١٩٦٤ ، مجموعة قرارات المحاكم الاستئنافية في المغرب العدد ١٧٣ – ١٧٤ يناير – يونيو ١٩٦٤ ، صفحة ٣٧١ (تراجع حيثيات هذا القرار في الصفحة ٣٧٢) ، وقرار رقم ٥٦٣٦ تاريخ ٣ يوليوز ١٩٦٤ نفس المجموعة العدد رقم ١٧٥ – ١٧٦ يوليوز – ديسمبر ١٩٦٤ صفحة ٤٨٣ ، وقرار رقم ٥٦٤٠ تاريخ ٢٨ كتوبر ١٩٦٤ نفس العدد صفحة ٤٩٣ .

أن يدفع عنه المسؤولية ، إذا ما أثبت أنه قام بواجب الرقابة والحراسة وفعل ما كان ضرورياً لمنع الضرر .

تردد القضاء الفرنسي بادئ الأمر وصدرت عنه بعض القرارات أجازت لحارس الشيء دفع المسؤولية بنفي الخطأ عن نفسه[١٦] . ولكن الرأي استقر في النهاية فقهاً واجتهاداً على القول بأن قرينة الخطأ التي تقوم عليها مسؤولية حارس الأشياء هي ، كالقرينة المتعلقة بمسؤولية حارس الحيوان ، قرينة قاطعة ، بحيث لا يستطيع حارس الشيء دفع مسؤوليته إلا إذا أثبت أن وقوع الخطأ كان لسبب أجنبي لا يد له فيه[١٧] .

والتقنينات الحديثة كالتقنين المصري والتقنين السوري تبنت صراحة هذا الرأي ، إذ هي رتبت المسؤولية على حارس الشيء « ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه »[١٨] .

وكذلك فان المشرع المغربي ، وهو الذي لم يتشدد في مسؤولية حارس الحيوان ، حيث خلافاً للاجتهاد في فرنسا ، اعتبرت قرينة الخطأ التي بنيت

---

١٦ نقض فرنسي قرار ٣٠ مارس ١٨٩٧ دالوز ١٨٩٧ – ١ – ٤٣٣ ، وعرائض قرار ٣ يونيو ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٧ – ١ – ١٧٧ ، وقرار ٢٥ مارس ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٩ – ١ – ٧٣ ، وقرار ١٩ يناير ١٩١٤ دالوز ١٩١٤ – ١ – ٣٠٣ .

١٧ عرائض فرنسي قرار ٢٨ يونيو ١٩٢٠ دالوز ١٩٢٢ – ١ – ٢٥ ، ونقض فرنسي قرار ١٦ نوفبر ١٩٢٠ دالوز ١٩٢٠ – ١ – ١٦٩ ، وقرار ١٥ مارس ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٢ – ١ – ٢٥ ، وقرار ٢٠ فبراير ١٩٢٧ دالوز ١٩٢٧ – ١ – ٩٧ .

١٨ راجع المادة ١٧٨ من القانون المدني المصري والمادة ١٧٩ من القانون المدني السوري .

عليها هذه المسؤولية قرينة قابلة للبينة المعاكسة[١٩] ، قد ساير في صـــدد مسؤولية حــارس الأشياء رأي الفقــه والاجتهاد في فرنسا ، فانحاز إلى جانب المضرور ، إذ قرر اعتبار القرينة التي بنيت عليها مسؤولية حارس الأشياء قرينة قاطعة ، لا يجوز معها للمسؤول دفع مسؤوليته إلا إذا أثبت :

١ – أنه فعل ما كان ضرورياً لمنع الضرر .

٢ – وأن الضرر يرجع إما لظرف طارئ أو قوة قاهرة أو لخطأ المضرور .

٣٨٢ – (ب) ولما كان خطأ الغير يدخل في مفهوم الظرف الطارئ والقوة القاهرة فانه يصح أخذه بعين الاعتبار في معرض دفع مسؤولية حـــارس الأشياء . وقد ورد بهذا المعنى في قرار لمحكمة الاستئناف في الرباط أن « خطأ الغير يمكن أن يتخذ صفة الظرف الطارئ وأن يرفع عن حارس سيارة سببت حادث سير قرينة المسؤولية المنصوص عليها في المادة ٨٨ من قانون الالتزامات والعقود »[٢٠] .

(ج) ثم إن خطـأ المضرور لا يمكن الاعتداد به في معرض دفـــع المسؤولية عن حارس الشيء إلا إذا كان الشخص المضرور ممن يتحمل بالمسؤولية التقصيرية لتمتعه بالادراك والتمييز . أما إذا كان المضرور عديم التمييز لجنون

---

١٩ راجع نبذة رقم ٣٦٩ أعلاه .

٢٠ محكمة الاستئناف في الرباط قرار رقم ٥٦٣٦ تاريخ ٣ يوليوز ١٩٦٤ ، مجموعة قرارات المحاكم الاستئنافية في المغرب العدد ١٧٥ – ١٧٦ يوليوز – ديسمبر ١٩٦٤ صفحة ٤٨٣ .

أو صغر فلا يستطيع حارس الشيء التمسك بخطأ المضرور لتجنب المسؤولية ، بل لا بد له من إقامة الدليل على أن الضرر يرجع لظرف طارئ أو قوة قاهرة . وقد ورد بهذا المعنى في قرار للمجلس الأعلى أنه « لا يعتبر ما يصدر عن المصاب بالجنون والقاصر في سن الطفولة خطأ بالمعنى الذي يرمي إليه الفصلان ٨٧ و ٨٨ لانتفاء ما يوجب عليهما فعل شيء أو تركه نظراً لكونهما في حالة لا يصح معها التكليف . إن الضرر الحاصل لهما من الشيء المجعول في حراسة الغير يجب أن يتحمله الحارس من جملة المخاطر التي يكون مسؤولاً عنها طبقاً للفصل ٨٨ ولا يمكن تجنب المسؤولية بالنسبة لهما إلا إذا أثبت أن الضرر ناشئ عن أمر فجائي أو قوة قاهرة »[٢١] .

٣٨٣ – (د) ويجب التنبيه إلى أن حارس الشيء ، في التشريع المغربي ، لا يكتفى منه ، حتى يدفع المسؤولية عن نفسه ، أن يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه ، كما هو الحال في التشريع الفرنسي وفي كل من التشريع المصري والسوري ، بل لا بد له أن يثبت أمرين : أولهما أنه فعل ما كان ضرورياً لمنع الضرر ، وثانيهما أن الضرر يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه[٢٢] .

---

٢١ المجلس الأعلى (الغرفة المدنية) الحكم عدد ٣٧٥ تاريخ ١٥ يونيو ١٩٦٦ مجلة القضاء والقانون العدد ٨٥/٨٧ يناير – مارس ١٩٦٨ صفحة ٢٨٨ .

٢٢ المجلس الأعلى الحكم المدني عدد ٢٣٨ تاريخ ٢١ ماي ١٩٦٩ ، مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد التاسع السنة الأولى يونيو ١٩٦٩ صفحة ٤٤ – والحكم المدني عدد ٢٥٦ تاريخ ٤ يونيو ١٩٦٩ ، مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد الحادي عشر نوفبر ١٩٦٩ صفحة ٢٨ . والحكم عدد ٢٣٨ تاريخ ٢١ ماي ١٩٦٩ مجلة القضاء =

وعلى هذا قرر القضاء أنه لا يكفي لدفع المسؤولية أن يثبت حارس الشيء أنه قام باتخاذ الحيطة لمنع وقوع الضرر وأن أي خطأ لا يمكن أن يسند إليه ، بل لا بد لـه أن يثبت علاوة على ذلك أن الضرر يرجع لسبب لا يد له فيه كالقوة القاهرة أو خطأ المضرور . وما لم يثبت ذلك فسؤوليته تبقى قائمة رغم انتفاء الخطأ من قبله[٢٣] .

وعلى العكس فان القضاء قرر أنه لا يكفي لدفع المسؤولية أن يثبت حارس الشيء أن الحادث قـد وقع نتيجة خطـأ المصرور أو بصورة أعم نتيجة ظرف طارئ أو قوة قاهرة ، بل لا بد علاوة على ذلك أن يثبت قيامه بكل ما هو ضروري لمنع وقوع الضرر . لذلك فان المجلس الأعلى قد نقض قراراً صادراً عن محكمة الاستئناف لأنه اكتفى ، إذ قرر انتفاء مسؤولية حارس الشيء ، بالقول بأن الحادث وقع نتيجة خطأ المضرور دون أن يعتد بوجوب إقامة الدليل على أن حارس الشيء قـام بكل ما في وسعه لمنع وقوع الضرر[٢٤] . وفي قرار آخر أكد المجلس الأعلى أنه « لا يكفي أن يطلب من الحارس عـدم ارتكاب خطـأ ، بل المطلوب منه القيام بعمل إيجابي أو اتخاذ احتياطات خاصة

= والقانون العدد رقم ١٠٣ نوفبر ١٩٦٩ صفحة ١١١ .

٢٣ محكمة استئناف الرباط قرار رقم ٥٦٤٠ تاريخ ٢٨ اكتوبر ١٩٦٤ مجموعة قرارات المحاكم الاستئنافية في المغرب العدد ١٧٥ – ١٧٦ يوليوز – ديسمبر ١٩٦٤ ، صفحة ٤٩٣ .

٢٤ المجلس الأعلى (الغرفة المدنية) قرار رقم ٥٦٢٢ تاريخ ٣ – ١١ – ٩٦٤ مجموعة قرارات المحاكم الاستئنافية في المغرب العدد ١٧٥ – ١٧٦ يوليوز – ديسمبر ١٩٦٤ صفحة ٤٤٥ .

تفرضها الظروف لتجنب الحادث »[٢٥] .

٣٨٤ - (هـ) وفي كل حال فان البينة التي يدلي بها حارس الشيء لدفع المسؤولية عن نفسه يعود تقديرها لقاضي الموضوع ولا رقابة عليه في تكوين قناعته للمجلس الأعلى[٢٦] .

المبحث الثاني

شروط مسؤولية حارس الأشياء

٣٨٥ - **تحديد هذه الشروط** : يجب ، حتى تتحقق مسؤولية حارس الأشياء ، توافر الشرطين التاليين :

الشرط الأول : أن يتولى شخص حراسة شيء .

الشرط الثاني : أن يحدث الشيء ضرراً للغير .

ولسوف نبحث في كل من هذين الشرطين .

٣٨٦ - **الشرط الأول : يجب أن يتولى شخص حراسة شيء** : تتطلب الاحاطة بهذا الشرط ، بيان مدلول الحراسة ثم تحديد مفهوم الشيء .

---

٢٥ المجلس الأعلى الحكم المدني عدد ٢٤٠ تاريخ ١٣ مايو ١٩٧٠ مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد رقم ١٩ نوفمبر ١٩٧٠ صفحة ٣٩ .

٢٦ المجلس الأعلى (الغرفة المدنية) قرار رقم ٥٤٦٢ تاريخ ١٢ - ٢ - ٦٣ مجموعة قرارات المحاكم الاستئنافية في المغرب العدد ١٦٩ - ١٧٠ يناير - يونيو ١٩٦٣ صفحة ٥ .

٣٨٧ – (آ) **الحراسة** : يقصد بالحراسة هنا ، السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه والتصرف . فحارس الشيء ، هو من له عليه السلطة الفعلية في رقابته وتوجيهه والتصرف في أمره . وبهذا المعنى ورد في قرار لمحكمة الاستئناف في الرباط أن « حارس الشيء هو الذي يكون له استعماله ويعود اليه أمر التصرف فيه والرقابة عليه »[٢٧] . والقضاء في لبنان قرر من جهته « أن الحراسة تنتقل من شخص لآخر عندما ينتقل استعمال الشيء وقيادته ومراقبته والتصرف به إلى هذا الشخص حتى لو بقيت الملكية على اسم الشخص الأول »[٢٨] .

وفي ضوء هذا المعيار يمكننا تقرير القواعد التالية :

أولاً – لا يتحتم أن يكون حارس الشيء من يحوز الشيء حيازة مادية لأن الحراسة شيء والحيازة المادية شيء آخر : فسائق السيارة الذي يعمل لدى صاحبها مثلاً له الحيازة المادية ولكنه لا يعتبر حارساً لأنه لا يملك السلطة الفعلية في التوجيه وفي التصرف بأمر السيارة . ثم إن مسؤولية حارس الشيء تبقى قائمة حتى لو زالت حيازته المادية للشيء . فصاحب السيارة مثلاً الذي يغادر سيارته ليدخل منزله أو ليقضي عملاً ، يبقى مسؤولاً عن الأضرار التي يمكن أن تحدثها سيارته ، رغم أن كل صلة قد انقطعت فيما بينه وبين الحيازة المادية ،

---

٢٧ محكمة الاستئناف في الرباط (الغرفة الأولى) قرار رقم ٥٣٦٠ تاريخ ٢٠ ديسمبر ١٩٦٣ مجموعة قرارات المحاكم الاستئنافية في المغرب العدد ١٧١ – ١٧٢ يوليوز – ديسمبر ١٩٦٣ صفحة ٢٨١ .

٢٨ محكمة استئناف بيروت المدنية قرار رقم ٩٥٨ تاريخ ٢٧ ماي ١٩٦٠ مجلة القضاء والقانون العدد ٣٥/٣٦ يناير – فبراير ١٩٦١ صفحة ٢٦٤ .

الأمر الذي يتبين منه بجلاء ، أن مفهوم الحراسة مستقل تماماً عن مفهوم الحيازة المادية .

ثانياً – كذلك لا يتحتم أن يكون الحارس من يتمتع بالحيازة القانونية . فلو أن الشيء سرق من مالكه ، فان الحراسة تنتقل إلى السارق بانتقال السلطة الفعلية إليه . ولئن كانت بعض المحاكم الفرنسية قررت في بادئ الأمر عكس ذلك ، وقضت بالابقاء على مسؤولية صاحب السيارة المسروقة عن الأضرار التي تحدثها هذه السيارة للغير ، تأسيساً على أن صاحب السيارة هو الذي ما زال يحتفظ بحراستها من الوجهة القانونية[٢٩] ، إلا أن محكمة النقض الفرنسية ، بكامل هيئتها ، استبعدت هذا الرأي ، وقررت أن سائق السيارة هو الذي يعتبر صاحب السلطة الفعلية عليها ، وبالتالي هو الذي يعتبر الحارس المسؤول عن الأضرار التي تلحقها بالغير عملاً بالمادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي . وقد ورد في القرار المذكور « أن مالك السيارة – وقد جرد منها بسبب سرقتها – يستحيل عليه أن يباشر على سيارته أية رقابة . وهو إذ يحرم من استعمال السيارة ومن توجيهها ورقابتها بفقد حراسته عليها ، فإذا نشأ منها ضرر ، فانه لا يكون خاضعاً للمسؤولية المفترضة التي نص عليها القانون[٣٠] .

---

٢٩ نقض فرنسي ، قرار ٣ مارس ١٩٣٦ دالوز ١٩٣٦ – ١ – ٨١ .

٣٠ نقض فرنسي (الغرف مجتمعة) قرار ٢ ديسمبر ١٩٤١ دالوز الانتقادي ١٩٤٢–٢٥ . وتتلخص وقائع هذه القضية في أن طبيباً وضع سيارته تحت تصرف ابنه ليستعين بها على قضاء ليلة رأس السنة فأخذها الابن إلى المدينة حيث تركها أمام مقهى دخل فيه . ولما خرج من المقهى لم يجد السيارة . ثم وجدها بعد ذلك على مسافة عدة كيلومترات من المدينة وإلى جوارها شخص دهمته هذه السيارة. فلما رفع ورثة المضرور=

ثالثاً – الأصل أن مالك الشيء هو الحارس لأنه هو صاحب السيطرة الفعلية على الشيء . وعليه إذا رفع المضرور الدعوى على المالك فلا يكون عليه أن يثبت أن المالك هو الحارس ، إذ يقوم هذا الافتراض لصالحه . بل يترتب على المالك أن يثبت أنه لم يكن هو الحارس وقت وقوع الضرر . ويستطيع أن يثبت ذلك بجميع الطرق .

رابعاً – ويعتبر بائع الشيء قبل التسليم هو الحارس فلا تنتقل الحراسة إلى المشتري إلا بالتسليم .

خامساً – وتنتقل الحراسة من المالك إلى صاحب حق الانتفاع والمرتهن رهن حيازة كما تنتقل في المنقول إلى المستأجر والمستعير والوديع والناقل . وهذا ما جعل القضاء في لبنان يقرر أن « عقد الاعارة هو من العقود التي يمكن معها انتقال الحراسة شرط أن تكون هذه الإعارة قد حصلت لمدة طويلة فقد معها صاحب الشيء كل رقابة عليه »[٣١] .

= الدعوى على الطبيب مالك السيارة وتمسكوا في هذه الدعوى بالمادة ١٣٨٤ (المقابلة للمادة ٨٨ من قانون الالتزامات والعقود المغربي) باعتباره حارس السيارة ، ردت محكمة « نانسي » الدعوى . ولكن محكمة النقض الفرنسية نقضت هذا الحكم (في قرارها الصادر في ٣ مارس ١٩٣٦ المشار اليه فيما سبق) وأرسلت القضية إلى محكمة « بيزانسون » فأخذت هذه المحكمة بوجهة نظر محكمة « نانسي » . وعندئذ عرض الأمر على الغرف المجتمعة لمحكمة النقض . وبعد نقاش شديد أخذت هذه الغرف بوجهة نظر محكمة « بيزانسون » فقضت بأن صاحب السيارة المسروقة لا يظل حارساً للسيارة .

٣١ محكمة استئناف بيروت المدنية قرار رقم ٩٥٨ تاريخ ٢٧ ماي ١٩٦٠ مجلة القضاء والقانون العدد ٣٥/٣٦ يناير – فبراير ١٩٦١ صفحة ٢٦٤ .

سادساً – وإذا انتقل الشيء إلى يد التابع ، فالأصل أن تبقى الحراسة للمالك ، لأنه هو الذي يملك السلطة الفعلية في التوجيه والتصرف في أمـر الشيء . فإذا أحدثت السيارة ضرراً للغير أمكنت مساءلة صاحب السيارة باعتباره حارسا . أما إذا خول المالك التابع سلطة التوجيه والتصرف في أمـر الشيء ، فالتابع يصبح هو الحارس ، كأن يضع تاجر تحت تصرف أحـد مستخدميه ، سيارة يملكها لتنقل فيها بضاعة عُهد إلى هذا المستخدم ببيعها في قرى نائية .

وكذلك إذا استعمل التابع الشيء لمنفعته الشخصية انتقلت الحراسة إليه .

سابعاً – إذا سلم الشيء إلى من يتولى إصلاحه كما لو سلمت سيارة إلى ميكانيكي لاصلاحها ، فان الحراسة تنتقل إليه ، وذلك ما لم يكن صاحب الشيء قد احتفظ باشرافه على الشيء إبان إصلاحه .

ثامناً – يعتبر معلم القيادة هو الحارس للسيارة . أما من يتعلم القيادة ، فلا يعتبر حارساً . وعليه إذا دهس من يتعلم القيادة شخصاً وهو يقود السيارة ، وأورث له ضرراً، فالمسؤول عن هذا الضرر ، بوصفه حارساً ، لا يكون من يتعلم القيـادة ، بل المعلم الذي تقع عليه، كحارس ، تبعة التعويض على المضرور .

٣٨٨ – (ب) الشيء : يراد بالشيء في هذا المقـام كل شيء مادي غير حي ، شرط أن لا يكون ورد بشأنه نص خاص .

وعليه تخرج من هذا النطاق الأشياء غير المادية التي ليست مما يقع تحت الحس .

وكذلك تخرج الحيوانات لأنها أشياء مادية حية وتخضع لحكم خاص ورد عليه النص في المادتين ٨٦ و ٨٧ .

وتخرج أيضاً المباني فيما يتعلق بالأضرار التي تنجم عن انهيارها أو تهدمها الجزئي بسبب القدم أو عدم الصيانة أو عيب في البناء ، كما يخرج ما هو معتبر جزءاً من العقار كالأشجار والعقارات بالتخصيص[٣٢] فيما يتعلق بالأضرار التي تنجم عن سقوطها أو تهدمها الجزئي لأن كل ذلك يخضع لأحكام خاصة ورد عليها النص في المادتين ٨٩ و ٩٠[٣٣] .

والشيء المقصود هنا يستوي فيه أن يكون منقولاً كسيارة أو قاطرة بخارية أو حصادة ، أو يكون عقاراً بطبيعته كالأرض إذا انخسفت ، والمباني في غير حالة انهيارها أو تهدمها الجزئي بسبب القدم أو عدم الصيانة أو عيب في البناء ، والأشجار في غير حـــالة سقوطها أو تهدمها الجزئي لسبب من هذه الأسباب ، أو يكون من متممات البناء كالصاعد ، أو يكون عقاراً بالتخصيص كالالآت الزراعية المرصدة على استغلال عقار بطبيعته في غير حالة سقوطها أو تهدمها الجزئي .

على أن بعض التقنينات ، كالقانون المدني المصري والقـانون المدني السوري

---

٣٢ العقارات بالتخصيص « هي المنقولات التي وضعها المالك بأرضه لمصلحة هـــذه الأرض واستغلالها وكذلك الشأن في جميع الأشياء المنقولة الملحقة بالملك بصفة دائمة » (المادة ٧ من ظهير ١٩ رجب ١٩٣٣ (٢ يونيو ١٩١٥) المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة) .

٣٣ راجع بشأن أحكام انهيار المباني وتهدمها الجزئي نبذة رقم ٣٩٤ وما بعدها أدناه .

تشترط في الشيء ، لقيام مسؤولية حارسه أن يكون مما « تتطلب حراسته عناية خاصة » لما يلازمه من خطر كالسيارة والقاطرة والحصادة والالآت الميكانيكية على اختلاف أنواعها[٣٤] .

وهذا الرأي كان تبناه القضاء الفرنسي فترة من الزمن[٣٥] . ولكنه عدل عنه نهائياً واستقر على اعتبار الشخص مسؤولاً عما تحدثه الأشياء التي هي في حراسته من ضرر للغير سواء كانت من الأشياء الخطرة التي تتطلب حراستها عناية خاصة أم لم تكن[٣٦] .

وقانون الالتزامات والعقود المغربي إذ قرر مسؤولية حارس الأشياء عن الأضرار التي يمكن أن تحدثها للغير لم يميز بين أن يكون الشيء خطراً أم غير خطر متبنياً في ذلك الرأي الذي استقر عليه الاجتهاد الفرنسي في هذا الصدد . ونحن نعتقد أنه كان موفقاً في ذلك ، إذ أن مجرد كون الشيء أحدث ضرراً للغير يدل على أنه كان شيئاً خطراً في الظروف التي حصل فيها الضرر ، وأن حراسته تتطلب عناية خاصة ، هذا فضلاً عن أن التمييز بين الأشياء الخطرة والأشياء غير الخطرة يصعب عملياً تطبيقه : فأص من الزهور مثلاً ليس خطراً

---

٣٤ راجع المادة ١٧٨ من القانون المدني المصري والمادة ١٧٩ من القانون المدني السوري .

٣٥ نقض فرنسي ٢١ فبراير ١٩٢١ دالوز ١٩٢٧ – ١ – ٩٧ ، وقرار ٢٦ اكتوبر ١٩٢٧ دالوز الاسبوعي ١٩٢٧ – ٥٥٧ ، وقرار ٢٧ مارس ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٨ – ١ – ١٤٥ ، وقرار ٢٧ فبراير ١٩٢٩ سيريه ١٩٢٩ – ١ – ٢٩٧ .

٣٦ نقض فرنسي (الغرف مجتمعة) قرار ١٣ فبراير ١٩٣٠ دالوز ١٩٣٠ – ١ – ٥٧ ، وقرار ١٧ مارس ١٩٣٠ جازيت دي باليه ١٩٣٠ – ١ – ٨٤١ ، وقرار ٣ مايو ١٩٣٢ جازيت دي باليه ١٩٣٢ – ٢ – ٦٢٨ .

بحد ذاته ، ولكنه يصبح كذلك إذا ما وضع في شرفة طابق علوي وسقط على رأس أحد المارة .

٣٨٦ - **الشرط الثاني : يجب أن يحدث الشيء ضرراً للغير** : لا تتحقق مسؤولية حارس الشيء إلا إذا أصاب الغير ضرر بفعل الشيء .

لذا وجب علينا أن نبحث في فعل الشيء ثم في ضرر الغير .

٣٨٧ - (آ) **فعل الشيء** : يعتبر الضرر ناشئاً بفعل الشيء إذا كان الشيء قد تدخل تدخلاً إيجابياً تسبب في إحداث الضرر .

والتدخل الايجابي يقتضي ، بطبيعة الحال ، أن يكون الشيء في وضع أو حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر ، كأن تكون السيارة التي أحدثت الضرر سائرة في الطريق ، أو كأن تكون الحصادة تعمل في الحقل .

أما إذا كان دور الشيء سلبياً ، كأن يرتطم شخص بسيارة واقفة ويصاب بسبب ذلك برضوض ، فلا يكون الضرر في هذه الحالة من فعل الشيء .

ولا يستلزم التدخل الايجابي أن يكون هناك اتصال مادي مباشر بين الشيء والمضرور . فلو أن سيارة وقفت فجأة فاضطرت سيارة أخرى تسير خلفها إلى الانحراف عن الطريق لتفادي الاصطدام ، فارتطمت ببناء وتضررت ، فإن السيارة الأولى تكون قد تدخلت ايجابياً في إحداث الضرر . ولو أن أحد المارة ،إذ يتفادى سيارة تسير بسرعة فائقة ، زلت قدمه فجرح ، كان ذلك تدخلاً من السيارة في إحداث هذا الجرح .

وبدهي أن لحارس الشيء أن يناقش شرط التدخل الايجابي ويثبت أن دور الشيء لم يكن إلا دوراً سلبياً ، كما أن له إقامة الدليل على أنه رغم تدخل الشيء تدخلاً إيجابياً فانه فعل ما كان ضرورياً لمنع الضرر ، وأن الضرر إنما يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه كقوة قاهرة أو ظرف طارئ أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير . فإذا نجح في هذا الدليل أو ذاك ، انتفت مسؤوليته لعدم توافر الشروط المتطلبة لتحققها .

٣٩١ – (ب) **ضرر الغير** : يسأل الحارس عن أي ضرر يصيب الغير بفعل الشيء الذي هو تحت حراسته ، كأن تدهس السيارة أحد المـــارة وتكسر ساقه ، أو تتطاير شرارة من القاطرة وتحرق مزروعات صاحب الحقل ، أو يقع أص من الزهور من عل فيصيب أحد العابرة ويسبب له رضوضاً .

والغير المقصود هنا هو كل من سوى الحارس : فقد يكون هذا الغير أجنبياً عن الحارس كما في الأمثلة التي سقناها ، وقد يكون هو تابع الحـــارس ، وقد يكون هو مالك الشيء إذا كان الشيء في حراسة شخص غير مالكه .

٣٩٢ – على أن شرطـاً أساسياً يجب أن يتوفر في الغير الأجنبي عـــن الحارس ، حتى يستطيع مساءلة هذا الحارس على أساس قرينة الخطأ المنصوص عليها في المادة ٨٨ ، هو أن يكون الضرر قد لحق به دون أن يكون اشترك في استعمال الشيء ، لأن مثل هذا الغير هو الذي قصد المشرع الأخذ بناصره إذ قرر قرينة الخطأ في جانب حارس الشيء . أما أولئك الذين يسهمون في استعمال الشيء فانهم يعتبرون راضين بتحمل المخاطر التي يمكن أن يكونوا عرضة لهـــا من جراء هذا الاشتراك في الاستعمال ولا يستطيعون مطالبة حارس

الشيء ، بالتعويض عن الأضرار التي يمكن أن تلحق بهم نتيجة استعمالهم الشيء ، إلا على أساس المسؤولية الشخصية القائمة على إثبات الخطأ . وقد طبق القضاء في المغرب هذه النظرية بحق الأشخاص الذين يطلبون من حارس سيارة أو دراجة نارية نقلهم بالمجان . ففي قرار لمحكمة الاستئناف في الرباط ورد « أن قرينة الخطأ المنصوص عليها في المادة ٨٨ لا يمكن التمسك بها إزاء حارس سيارة من قبل أشخاص طلبوا منه نقلهم فيها بصورة مجانية ، لأن هؤلاء الأشخاص يعتبرون أنهم قد ارتضوا التعرض للمخاطر التي يمكن أن ترافق اشتراكهم في استعمال السيارة ، ولا يستطيعون مطالبة الحارس بالتعويض عما يصيبهم من أضرار ، إلا إذا أثبتوا أنه ارتكب خطأ يسأل عنه وفق المادتين ٧٧ و ٧٨ من قانون الالتزامات والعقود »[٣٧] . وفي قرار آخر رفضت المحكمة طلب شخص نقله آخر في سيارة بالمجان ، اعتبار حارس السيارة مسؤولاً عن الأضرار التي أصابته على أساس قرينة الخطأ المنصوص عليها في المادة ٨٨ ، وقررت أن على المضرور في مثل هذه الحالة إقامة الدليل على ارتكاب سائق السيارة خطأ ضمن إطار أحكام المادة ٧٨[٣٨] .

ونحن ما زلنا نؤيد هذا الاتجاه . إلا أن المجلس الأعلى بدأ يبتعد عنه إذ هو اعتبر حارس سيارة مسؤولاً طبقاً للمادة ٨٨ عن الأضرار التي تسببت

---

٣٧ محكمة استئناف الرباط (الغرفة الثالثة) قرار رقم ٥٥٥٠ تاريخ ١٨ – ١٠ – ٦٣ مجموعة قرارات المحاكم الاستئنافية العدد ١٧١ – ١٧٢ صفحة ٢٥٦ .

٣٨ محكمة استئناف الرباط (الغرفة الأولى) قرار رقم ٥٥٩٠ تاريخ ١٤ – ١ – ٩٦٤ مجموعة قرارات المحاكم الاستئنافية في المغرب العدد ١٧٣ – ١٧٤ يناير – يونيو ١٩٦٤ صفحة ٣٧١ .

فيها السيارة لأشخاص كانوا يركبون على متنها بالمجان ، مؤكداً بذلك إمكانية مساءلة حارس الشيء على أساس قرينة الخطأ المقررة قانوناً ، حتى لو كان المضرور قد اشترك في استعمال هذا الشيء[٣٩] .

٣٩٣ – وتجدر الملاحظة إلى أن مسؤولية حارس الشيء تنقلب من مسؤولية تقصيرية إلى مسؤولية عقدية إذا وجد ثمة عقد بين المضرور والحارس ، وكان الضرر قد حصل بمناسبة تنفيذ هذا العقد . فالناقل مثلاً يكون مسؤولاً بمقتضى العقد عن سلامة الراكب . فإذا أصيب هذا الأخير بضرر أثناء النقل ، كانت مسؤولية الناقل مسؤولية عقدية لا مسؤولية تقصيرية . وقد ورد بهذا المعنى في قرار للمجلس الأعلى « أن مسؤولية الناقل نحو الراكب في حالة النقل بأجرة تخضع لقواعد المسؤولية التعاقدية (حسبما يرتبها العقد نفسه وبصورة تكميلية القانون التجاري) لا لقواعد المسؤولية التقصيرية المحددة قواعدها في الفصل ٨٨ من قانون الالتزامات والعقود »[٤٠] . ويترتب على ذلك أن تقادم دعوى المسؤولية يخضع عندها لا للأجل المنصوص عليه في المادة ١٠٦ من قانون الالتزامات والعقود (وقدره ثلاث سنوات) بل للأجل المنصوص عليه في المادة ٣٨٧ وقدره خمس عشرة سنة[٤١] .

---

٣٩ المجلس الأعلى ، الحكم المدني عدد ٢٣٨ تاريخ ٢١ ماي ١٩٦٩ مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد التاسع يونية ١٩٦٩ صفحة ٤٤ .

٤٠ المجلس الأعلى (الغرفة المدنية) الحكم عدد ١٢٢٦ تاريخ ١٠ يونيو ١٩٥٩ مجلة القضاء والقانون العدد ٢٧ مارس ١٩٦٠ صفحة ١٨٢ .

٤١ المجلس الأعلى الحكم عدد ١ تاريخ ٢٣ اكتوبر ١٩٦٨ مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد ١٤ لعام ١٩٧٠ صفحة ١٥ .

٣٩٣ مكرر : وكذلك تجدر الملاحظة إلى أن أحكام المسؤولية الموضوعية يجب استبعادها إذا نجم الضرر عن عدة أشياء من الجوامد كتصادم سيارتين . فقرينة الخطأ المفترض المقررة في جانب حارس كل من هذه الأشياء تتهاتر عندها وتحل المسؤولية التقصيرية الشخصية محل المسؤولية الموضوعية . وقد وجدت بعض التشريعات ، كالقانون البولوني[٤٢] والقانون اللبناني[٤٣] أن تنص على ذلك صراحة فقررت أنه إذا ساهمت عدة أشياء في إحداث الضرر كما في حالة تصادم سيارتين فان المسؤولية الموضوعية تتلاشى وتحل محلها المسؤولية العادية المبنية على الخطأ .

الفرع الثالث
مسؤولية مالك البناء

٣٩٤ - خص المشرع المغربي لمسؤولية مالك البناء عن الأضرار الناجمة عن تهدمه المادتين ٨٩ و ٩٠ .

ففي ضوء هذين النصين سنحدد أساس المسؤولية ، ثم نعين الشخص الذي تترتب عليه هذه المسؤولية . ثم نعرض لشروط تحققها ، ثم نبحث في جواز مطالبة المسؤول عن البناء باتخاذ التدابير الوقائية لمنع تهدمه .

---

٤٢ راجع المادة ١٥٤ من القانون المدني البولوني .

٤٣ راجع المادة ١٣٢ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

١ – أساس المسؤولية

٣٩٥ – مسؤولية مالك البناء تقوم على فكرة الخطأ المفترض : حاول بعض الفقهاء في فرنسا ، هنا ، كما في حقل مسؤولية حارس الحيوان أو الأشياء ، تأسيس مسؤولية مالك البناء على فكرة تحمل التبعة : فمالك البناء هو الذي يفيد منه ، فعليه إذن تحمل الضرر الذي ينجم للغير عن تهدمه إذ الغرم بالغنم .

ولكن لوحظ على هذه النظرية أنها تتناقض والتزام المضرور في إقامة الدليل على أن تهدم البناء وقع بسبب القدم أو عدم الصيانة أو عيب في البناء ، أي على أن التهدم كان بسبب الإهمال في صيانة البناء أو في تجديده أو في إصلاحه . يضاف إلى ذلك أن المسؤولية قد تلزم غير المنتفع بالبناء كما لو عهد المالك إلى شخص برعاية البناء حيث تترتب المسؤولية على المكلف برعايته .

لذلك فالرأي السائد هو أن مسؤولية مالك البناء تقوم على الخطأ المفترض في جانبه وهو الإهمال في رقابة البناء كيلا ينهار أو يتهدم .

٣٩٦ – دفع المسؤولية : من المتفق عليه اليوم أن قرينة الخطأ التي قررها المشرع الفرنسي في المادة ١٣٨٦ من القانون المدني المطابقة للمادة ٨٩ من قانون الالتزامات والعقود المغربي هي من نوع القرائن القاطعة التي لا يستطيع مالك البناء دفعها عن طريق إقامة الدليل على أنه لم يرتكب أي خطأ ، كأن يثبت مثلاً أنه كان عهد باشادة البناء إلى مهندس موثوق تتوفر فيه كل الضمانات وأنه كان يستحيل عليه كشف العيب في البناء .

إن مسؤولية مالك البناء لا تنتفي ، إلا إذا أثبت أن الضرر الذي أصاب المضرور يرجع لخطـأ المضرور نفسه ، كأن يكون هذا الأخير قد دخل البناء رغم تحظير المالك على الناس الدخول إليه لاحتمال انهياره ، أو يرجع لقوة قاهرة كأن يكون امتنع على المالك صيانة البناء بسبب إشغال العدو له أثناء احتلال البلاد من قبله . وما لم يقم مالك البناء باثبات شيء من ذلك فإن مسؤوليته تبقى قائمة[٤٤] .

٢ – على من تترتب المسؤولية

٣٩٧ – (آ) تترتب المسؤولية في الأصل على المالك لأنه هو الملزم برعاية البناء . **ولا يهم أن يكون المالك حائزاً البناء بنفسه ؛ فهو يظل مسؤولاً ولو** أجَّره أو أعاره لغيره لأن السيطرة الفعلية على البناء تبقى للمؤجر أو المعير ، ويبقى هو المكلف – بالرغم من الايجار أو العارية – بالمحافظة على البناء وصيانته حتى لا يصيب الغير ضرر منه ، ولا يلتزم المستأجر أو المستعير بشيء من ذلك . وهذا بخلاف مستأجر أو مستعير الحيوان أو الشيء المنقول ، إذ يعتبر كل منهما ، على ما سبق بيانه ، **حارساً للحيوان** ، من حيث أن له السيطرة الفعلية عليه في رقابته وتوجيهه[٤٥] .

(ب) أما إذا كانت ملكية البناء منفصلة عن ملكية الأرض كما في حق السطحية فتلزم المسؤولية صاحب حق السطحية .

---

٤٤ المجلس الأعلى الحكم المدني عدد ١٥ تاريخ ٣٠ اكتوبر ١٩٦٨ مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد العاشر اكتوبر ١٩٦٩ صفحة ٢١ .

٤٥ راجع نبذة رقم ٣٧٣ ونبذة رقم ٣٨٧ أعلاه .

وكذلك إذا أنشأ المالك حق انتفاع أو رهن حيازة على بنائه فان المنتفع أو الدائن المرتهن هو الذي يتحمل المسؤولية .

(ج) وإذا التزم شخص غير المالك برعاية البناء بمقتضى عقد، كمقاول عهد اليه المالك بتشييد البناء أو باصلاحه ، انتقلت المسؤولية إلى هذا الشخص أثناء وجود البناء في عهدته .

(د) ووجد المشرع أن يوضح أنه في حالة قيام نزاع على الملكية بين عدة أشخاص فان المسؤولية تلزم الحائز الحالي للعقار (الفقرة الأخيرة من المادة ٨٩) .

٣ - شروط المسؤولية

٣٩٨ - **تحديد هذه الشروط** : لا بد لتحقق مسؤولية مالك العقار أو من عهد إليه برعايته من توافر الشرطين التاليين :

الشرط الأول : أن يقع الضرر نتيجة تهدم البناء أو تهدم الأشياء المعتبرة جزءاً من العقار .

الشرط الثاني : أن يكون التهدم قد وقع بسبب القدم أو عدم الصيانة أو عيب في البناء .

لنبحث على التعاقب في هذين الشرطين .

٣٩٩ - **الشرط الأول** : يجب أن يقع الضرر نتيجة تهدم البناء أو تهدم الأشياء المعتبرة جزءاً من العقار .

يقتضينا إيضاح هذا الشرط أن نبين المقصود بالبناء و بالاشياء المعتبرة جزءاً من العقار ثم المقصود بالتهدم :

(آ) يقصد بالبناء كل ماشيده الإنسان متصلاً بالأرض اتصال قرار بحيث يعتبر عقاراً بطبيعته دون ما نظر لنوع المواد التي استعملت في البنـــاء . **ولا للغرض الذي من أجله شُيِّد ، ولا لكون البناء قد شُيِّد فوق سطح الأرض أو في** باطنها .

فقد يكون البناء من خشب أو طين أو جير أو اسمنت أو حديد .

وقد يكون للسكن كالبيوت أو لايداع الأشياء كالمخازن والمستودعات . أو لايواء الحيوانات كالاصطبلات . أو لغرض غير ذلك كتمثال فني أو نصب تذكاري .

وقد يكون مشيداً فوق سطح الأرض كالدور والمخازن والقناطر والخزانات والجسور . أو مشيداً في باطن الأرض كالانفاق والمجاري وأنابيب المياه .

(ب) ويقصد بالأشياء المعتبرة جزءاً من العقار الأشجار . والالآت المندمجة في البناء كالصاعد **ومطافئ الحريق** مثلاً . والتوابع الأخرى سواء كانت من قبيل العقارات بطبيعتها كالزخرفة والسلم وأنابيب الياه والأعمدة الخشبية التي تسند السقف أم كانت من قبيل العقارات بالتخصيص كالخزن والأسرة في الفندق والالآت والأدوات في المصنع والتماثيل الموضوعة في كوات خصصت لايوائها في منازل السكن .

(ج) أما المقصود بالتهدم فهو تفكك البناء أو الأشياء المعتبرة جزءاً من

العقار وانفصالها عن الأرض أو عن الأصل المرتبطة فيه .

ويستوي أن يكون التهدم تهدماً كلياً كانهيار البناء بمجموعه أو سقوط الشجرة برمتها ، أو يكون تهدماً جزئياً كانهيار السقف أو أحد الجدران أو الشرفة أو السلم ، أو سقوط غصن من أغصان شجرة أو تفكك آلة أو أداة من آلات وأدوات المصنع .

ويجب الانتباه إلى أن الضرر الذي لا يحصل بسبب التهدم ، لا يقع تحت حكم المادة ٨٩ . فلو أن شخصاً مثلاً زلت قدمه وهو يمشي في فناء بناء دهن بمادة لزجة فوقع وأصيب بضرر ، أو سقط من فتحة في سطح الدار لم تكن محاطة بحاجز فكسرت ساقه ، أمكنه المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر . ولكن مطالبته تكون على أساس مسؤولية حارس الأشياء المنصوص عليها في المادة ٨٨ لا بالاستناد إلى المسؤولية المنصوص عليها في المادة ٨٩ والخاصة بتهدم البناء .

وينتج عن ذلك أن حارس البناء المطالب بالتعويض على أساس المادة ٨٨ لا يستطيع دفع المسؤولية عن نفسه بمجرد أن يثبت أن الضرر يرجع لخطأ المضرور أو لقوة قاهرة أو حادث فجائي ، بل لا بد له علاوة على ذلك ، أن يقيم الدليل على أنه اتخذ جميع الاحتياطات اللازمة لمنع الضرر وإلا يبقى مسؤولاً ولو كان من الثابت أن الضرر كان مرده حادثاً فجائياً أو قوة قاهرة أو خطأ المضرور نفسه[٤٦] .

---

٤٦ راجع نبذة رقم ٣٤٣ أعلاه .

٤٠٠ – **الشرط الثاني** : يجب أن يكون التهدم قد وقع بسبب القدم أو بسبب عدم الصيانة أو بسبب عيب في البناء . أما إذا وقع التهدم لغير ذلك من الأسباب كأن يكون حصل نتيجة حريق اجتاح البناء أو نتيجة هدمه طواعية من قبل صاحبه ، فان الأضرار التي يمكن أن يلحقها مثل هذا التهدم بالغير ، تقع تحت طائلة المادة ٨٨ المتعلقة بمسؤولية حارس الأشياء (مع ما يستتبع ذلك من تعليق دفع المسؤولية على إثبات كون الضرر نجم عن خطأ المضرور أو قوة قاهرة أو حادث فجائي ثم كون الحارس قام بكل ما هو ضروري لمنع وقوع الضرر) ، ولا تخضع لحكم المادة ٨٩ التي حصرت مسؤولية مالك البناء بالأضرار التي تنجم عن تهدمه بأحد الأسباب الحصرية التالية : القدم أو عدم الصيانة أو العيب في البناء (حيث ترتفع المسؤولية بمجرد أن يثبت المالك أن الضرر نجم عن خطأ المضرور أو عن قوة قاهرة أو حادث فجائي) .

٤ – جواز مطالبة مالك البناء باتخاذ تدابير وقائية

٤٠١ – نصت المادة ٩٠ على أن « لمالك العقار الذي يخشى ، لأسباب معتبرة ، انهيار بناء مجاور أو تهدمه الجزئي ، أن يطلب من مالك هذا البناء أو ممن يكون مسؤولاً عنه وفقاً لأحكام المادة ٨٩ أن يتخذ الاجراءات اللازمة لمنع وقوع الانهيار » .

فهذا حكم وقائي أراد به المشرع المغربي أن يواجه حالة لا يكون فيها البناء قد تهدم فعلاً ، بل إنما هو مهدد بالانهيار بمجموعه أو في جزء منه . ففي هذه الحالة يجوز لمن يتهدده ضرر من جراء احتمال انهيار البناء ، أن يطالب المالك أو غيره ممن يكون مسؤولاً عن البناء كصاحب حق السطحية أو المنتفع أو الدائن

المرتهن أو الحائز الحالي للعقار ، إذا كان ثمة نزاع على الملكية ، في اتخاذ الاجراءات اللازمة للحيلولة دون وقوع الانهيار .

ومثل هذا الحكم الوقائي أخذت به بعض التشريعات الحديثة كالقانون المدني المصري والقانون المدني السوري اللذين قررا أنه « يجوز لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر فان لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه »[٤٧] .

وفي فرنسا ، رغم خلو النص فان الفقه والقضاء يجيزان للجار ، الذي يخشى انهيار بناء مجاور ، أن يطالب بالزام مالك هذا البناء باتخاذ الاجراءات الوقائية الكفيلة بمنع وقوع الانهيار ، وذلك تأسيساً على أن مجرد خطر انهيار البناء يشكل، بالنسبة للجار ، ضرراً محققاً من حقه أن يطالب برفعه[٤٨] .

---

٤٧ راجع الفقرة الثانية من المادة ١٧٧ من القانون المدني المصري والفقرة الثانية من المادة ١٧٨ من القانون المدني السوري .

٤٨ كولان وكابيتان ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٢١٦ صفحة ٢٠٥ و ٢٠٦ – ومحكمة استئناف بوردو قرار ١٨ مايو ١٨٤٩ دالوز ١٨٥٠ –٢–٨٦ .

الفصل الرّابع

حالات خاصة من المسؤولية التقصيرية

٤٠٢ – **نظرة عامة** : إن المشرع المغربي ، في الباب الذي خصه للالتزامات الناشئة عن الجرائم وأشباه الجرائم ، لم يكتف في البحث في المسؤولية الناجمة عن الخطأ الشخصي ثم في المسؤولية عن فعل الغير أو عن الحيوان والأشياء ، بل هو ، علاوة على ذلك ، عرض لحالات خاصة من المسؤولية التقصيرية .

وهذه الحالات الخاصة التي عالجها المشرع هي :

أولاً – مسؤولية موظفي الدولة والبلديات ومسؤولية الدولة والبلديات .

ثانياً – مسؤولية القاضي الذي يخل بمقتضيات منصبه .

ثالثاً – مسؤولية حائز الشيء .

٤٠٣ – **مخطط البحث** : سنفرد بحثاً مستقلاً لكل حالة من هذه الحالات الخاصة من المسؤولية التقصيرية التي عرض لها المشرع المغربي .

وعليه سنقسم هذا الفصل إلى ثلاثة فروع .

الفرع الأول : مسؤولية الموظفين ومسؤولية الدولة أو البلدية .

الفرع الثاني : مسؤولية القاضي الذي يخل بمقتضيات منصبه .

الفرع الثالث : مسؤولية حائز الشيء .

الفرع الأول

مسؤولية موظفي الدولة والدولة[1]

٤٠٤ – (آ) خص المشرع المغربي لمسؤولية الدولة والبلديات ولمسؤولية موظفيها المادتين ٧٩ و ٨٠ .

فالمادة ٧٩ ورد فيها أن « الدولة والبلديات مسؤولة عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها وعن الأخطاء المصلحية لمستخدميها » .

والمادة ٨٠ أوضحت أن « مستخدمي الدولة والبلديات مسؤولون شخصياً عن الأضرار الناتجة عن تدليسهم أو عن الأخطاء الجسيمة الواقعة منهم في أداء وظائفهم .

ولا تجوز مطالبة الدولة والبلديات بسبب هذه الأضرار ، إلا عند إعسار الموظفين المسؤولين عنها » .

(ب) يتضح من نص هاتين المادتين أن المشرع المغربي أخذ بما انتهت

---

١ ان الأحكام المتعلقة بمسؤولية موظفي الدولة والدولة هي نفس الأحكام المتعلقة بمسؤولية موظفي البلديات والبلديات . لذا جعلنا عنوان الفرع قاصراً على مسؤولية موظفي الدولة والدولة .

إليه محكمة الخلافات (tribunal des conflits) في فرنسا ومن بعدها محكمة النقض ومجلس الدولة من حيث وجوب التفريق بين الأخطاء الادارية (fautes administratives) أي الأخطاء الناجمة عن سير الإدارة أو بعبارة أُخرى الأخطاء المصلحية التي تتصل بممارسة الوظيفة ، وبين أخطاء الموظفين الشخصية (fautes personnelles) أي الأخطاء التي تنفصل عن ممارسة الوظيفة وتقوم على تدليس أو خطأ جسيم يقع من الموظف في أداء وظيفته .

فالأضرار الناجمة عن الأخطاء الادارية ، لا يسأل عنها الموظفون ، بل تسأل عنها الدولة أو البلدية وحدها . وهذا ما أوضحته المادة ٧٩ بقولها : « الدولة والبلديات مسؤولة عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها وعن الأخطاء المصلحية لمستخدميها » .

أما الأضرار الناجمة عن الأخطاء الشخصية التي يرتكبها موظفو الدولة والبلديات فيسألون عنها هم شخصياً . وبهذا قالت الفقرة الأولى من المادة ٨٠ : « مستخدمو الدولة والبلديات مسؤولون شخصياً عن الأضرار الناتجة عن تدليسهم أو عن الأخطاء الجسيمة الواقعة منهم في أداء وظائفهم » .

(ج) ولئن كان الرأي الراجح في فرنسا لا يجيز مساءلة الدولة والبلديات بشأن الأضرار الناجمة عن الأخطاء الشخصية التي يرتكبها الموظفون ، فان المشرع المغربي خالف هذا الرأي ومنح المضرور حق مطالبة الدولة والبلديات بالتعويض عليه عن أضراره في حالة إعسار الموظف المسؤول عن هذه الأضرار ، تأسيساً على أن الدولة أو البلدية يجب أن تتحمل هي وزر سوء اختيار ومراقبة موظفيها ، وبالتالي تبعة الاضرار التي تنجم للغير عما يرتكبه هؤلاء الموظفون من

تدليس أو أخطاء جسيمة في أداء وظائفهم .

على أن دعوى التعويض التي يمكن رفعها على الدولة أو البلدية ، لمطالبتها بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن تدليس الموظف أو خطأه الجسيم ، تتصف بطابع الدعوى الاحتياطية بمعنى أن ممارستها لا تكون إلا بعد أن يلاحق المضرور الموظف المسؤول ويظهر عدم جدوى هذه الملاحقة بسبب إعسار الموظف . وبهذا قالت الفقرة الثانية من المادة ٨٠ « ولا تجوز مطالبة الدولة أو البلديات بسبب هذه الأضرار (الناتجة عن تدليس مستخدميها أو أخطائهم الجسيمة) إلا عند إعسار الموظفين المسؤولين عنها » .

(د) ثم إنه تجدر الملاحظة إلى أن النظام الفرنسي يقضي بأن ترفع دعوى المسؤولية الموجهة بحق الموظف أمام القضاء المدني في حين أن دعوى المسؤولية الموجهة بحق الدولة أو البلدية يجب أن ترفع أمام مجلس الدولة الذي يفصل فيها بصورة مبرمة . أما في المغرب ، حيث لا يوجد قضاء إداري مستقل ، فان الدعوى تبقى في جميع الحالات من اختصاص القضاء المدني سواء أرفعت على الموظف أم أقيمت بحق الدولة أو البلدية (المادتان ١٧ و ٢١ من المسطرة المدنية) .

الفرع الثاني

مسؤولية القاضي

٤٠٥ – (آ) عرض قانون الالتزامات والعقود لمسؤولية القاضي الذي يخل بمقتضيات منصبه في المادة ٨١ فقال : « القاضي الذي يخل بمقتضيات

منصبه يسأل مدنياً عن هذا الاخلال في مواجهة الشخص المضرور في الحالات التي تجوز فيها مخاصمته » .

فالقاضي لا يكون إذن **مسؤولاً** عن جميع الأخطاء التي يمكن أن يرتكبها أثناء قيامه بأداء مهام وظيفته ، بل إنما تترتب مسؤوليته في الحالات التي يكون فيها محل لمخاصمته ليس إلا .

(**ب**) ولمعرفة الحالات التي تجوز فيها مخاصمة القاضي يجب الرجوع إلى المسطرة المدنية .

فالمادة **٢٥٥** من المسطرة المدنية أوضحت أن مخاصمة القاضي تقبل في الحالات التالية :

أولاً – إذا وقع من القاضي تدليس أو غش أو ثبت عليه أخذ رشوة وكل ذلك سواء أثناء سير الدعوى أو عند إصدار الحكم .

ثانياً – إذا كانت مخاصمة القاضي قد قضى بها نص صريح في القانون .

ثالثاً – إذا كان ثمة نص في القانون يقضي باعتبار القاضي مسؤولاً تحت طائلة العطل والضرر .

رابعاً – إذا امتنع القاضي عن الفصل في قضية وارتكب ما يسمى اصطلاحاً « انكار العدالة » (déni de justice) .

ففي هذه الحالات ، وفيها وحدها ، يثبت للمضرور حق مطالبة القاضي بالتعويض عليه عما أصابه من ضرر .

أما فيما عدا ذلك ، فالخطأ الذي يرتكبه القاضي يكون سبباً للطعــن في حكمه أمامه نفسه عن طريق التعرض أو إعادة النظر ، أو أمام المرجع القضائي الأعلى درجة منه عن طريق الاستئناف أو طلب النقض ؛ ولكنه لا يمكن أن يشكل مداراً لمسؤوليته التقصيرية .

(ج) وجدير بالذكر أن الدولة تتحمل المسؤولية المدنية الناتجة عن الأحكام التي تصدر بالتعويضات عن الضرر الناجم بسبب الأفعال التي ارتكبها القاضي وأدت إلى مخاصمته . وإذا ما اضطرت الدولة لأداء التعويضات إلى الطرف المضرور فإن من حقها الرجوع على القــاضي الذي تسبب في الضرر (المادة ٤٦ من الظهير رقم ٢٢٣ – ٥٧ – ١ – الصادر في ٢٧ سبتمبر ١٩٥٧ المتعلق باحداث المجلس الأعلى والقواعد العامة للمرافعة لديه) .

وعليه وخلافاً لمـا كنا أوردناه في الطبعة الأولى من كتابنا ، لا تتوقف مطالبة المضرور للدولة بأداء التعويضات التي يستحقها ، على وجود القــاضي المسؤول في حــالة إعسار كما تقضي بذلك المادة ٨٠ بالنسبة للموظفين عموماً ، بل إن الدولة تحل حكماً محل القــاضي في الالتزام بالتعويض على المضرور دون ما نظر إلى إعسار القاضي أو ملاءته .

الفرع الثالث

مسؤولية حائز الشيء

٤٠٦ – **نظرة إيضاحية** : الحيازة هي السلطة الواقعية أو السيطرة الفعلية على شيء منقول أو ثابت أو على حق عيني على شيء منقول أو ثابت .

والأصل أن تمارس الحيازة من قبل المالك أو صاحب الحق العيني مباشرة ، أو من قبل وسيط يباشرها باسمه ، كما في الرهن أو الوكالة أو الايجار ، حيث يمارس الدائن المرتهن أو الوكيل أو المستأجر الحيازة لحساب الراهن أو الموكل أو المؤجر .

ولكن قد يحصل أن يحوز الشيء شخص غير المالك أو غير صاحب الحق العيني عليه، وأن يمارس هذا الشخص الحيازة باسمه هو ولحسابه الشخصي كمشتري العقار من غير مالكه أو الغاصب .

فمثل هذا الشخص تترتب عليه مسؤولية تقصيرية قبل مالك الشيء أو صاحب الحق العيني عليه .

ولمعرفة مدى هذه المسؤولية يجب الرجوع إلى المواد ١٠١ إلى ١٠٤ من قانون الالتزامات والعقود حيث عرض المشرع لمسؤولية الحائز سيء النية ، ثم لمسؤولية الحائز حسن النية ، ثم لمسؤولية حائز المنقول إذا حوله بعمله على نحو يكسبه زيادة بالغة عما كان عليه وهو مادة أولية .

ولسوف نبحث تباعاً في مختلف هذه المسؤوليات .

٤٠٧ – **مسؤولية الحائز سيء النية** : خص المشرع لمسؤولية الحائز سيء النية المادتين ١٠١ و ١٠٢ حيث أوضح ما يترتب على الحيازة بسوء نية من آثار سواء بالنسبة للثمار التي جناها الحائز أو قصر في جنيها ، أم بالنسبة للمصروفات التي أنفقها ، أم بالنسبة لهلاك الشيء أو تعيبه .

(آ) **من حيث الثمار** : يترتب على الحائز سيء النية أن يرد مع الشيء

جميع الثمار التي جناها أو التي كان يستطيع أن يجنيها لو أنه أدار الشيء الادارة المعتادة وذلك من وقت وصول الشيء إليه .

ولا يميز من حيث مسؤولية الرد بين الثمار الطبيعية (كثمار الأشجار النابتة نبت الطبيعة أو وبر الجمل أو صوف الأغنام والماعز) ، والثمار الصناعية (كثمار الأشجار المغروسة بعمل الإنسان أو المحاصيل الزراعية) والثمار المدنية (كأجور الأبنية أو فائدة النقود) .

ومن الملاحظ أن المادة ١٠١ الزمت الحائز سيء النية برد « الثمار الطبيعية والمدنية » . ولكن مما لا ريب فيه أن المشرع قصد بالثمار الطبيعية عموم الثمار التي ليست من قبيل الثمار المدنية أي الثمار الطبيعية بالاصطلاح المألوف وكذلك الثمار الصناعية إذ لا يعقل أن يكون حكم الثمار الصناعية خلاف حكم بقية الثمار .

(ب) من حيث المصروفات : يثبت للحائز سيء النية استرداد المصروفات الضرورية التي أنفقت في حفظ الشيء وفي جني الثمار ، على أن لا يكون له أن يباشر هذا الاسترداد إلا على الشيء نفسه دون الأموال الأخرى التي تعود للمالك .

أما مصروفات رد الشيء كمصروفات نقله مثلاً فتقع على عاتق الحائز سيء النية .

وما دام المشرع حصر حق الحائز سيء النية في استرداد المصروفات الضرورية المنفقة في حفظ الشيء وفي جني الثمار ، فانه يمتنع عليه أن يطالب باسترداد المصروفات النافعة ومصروفات الزينة التي يكون أنفقها على الشيء أثناء وجوده في حيازته .

(ج) **من حيث تبعة هلاك الشيء وتعيبه** : القاعدة العـــامة أن الحائز سيء النية يتحمل تبعة هلاك الشيء وتعيبه ولو بحادث طارئ أو قوة قاهرة .

١ – فإذا هلك الشيء وكان من الأشياء القيمية (وهي التي تتميز عن غيرها بصفات خاصة تعينها تعييناً ذاتياً بحيث لا يقوم غيرها مقامها ولـو من نوعها كمنزل أو لوحة فنان) ، ترتب على الحائز سيء النية أن يدفع قيمته مقدرة في يوم وصوله إليه . أما إذا كان من المثليات (وهي الأشياء التي يقوم بعضهـــا مقام بعض عند الوفاء والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقـاس أو الكيل أو الوزن كالقمح والرز والذهب والفضة) فانه يلزم بر د مقـــدار يعادله .

٢ – وإذا تعيب الشيء فقط ، قيمياً كان أو مثلياً ، تحمل الحائز سيء النية بالفرق بين قيمته في حالته السليمة وقيمته وهو في حالته المعيبة ، هذا فيما إذا كان الشيء بقي ، رغم تعيبه ، صالحـــاً لأن يستعمل فيما أعد له . أما إذا تعيب الشيء لدرجة أصبح معها غير صالح لذلك ، فإن الحائز سيء النية يتحمل قيمته كاملة إذا كان قيمياً ، ويترتب عليه رد مثله إذا كان مثلياً .

٤٠٨ – إذا توفي الحائز سيء النية ، فالالتزامات التي كانت مترتبة عليه شخصياً حتى وفاته ، تنتقل إلى تركته سواء بالنسبة للثمار أم بالنسبة لهلاك الشيء أو تعيبه وذلك عملاً بالفقرة الأولى من المادة ١٠٥ وبمقتضاها « في الجريمة وشبه الجريمة تكون التركة ملزمة بنفس التزامات الموروث » .

يضاف إلى ذلك أن الوارث الذي انتقل إليه الشيء وهو يعلم عيوب حيازة

سلفه ، يضمن مثله الظرف المفاجئ والقوة القاهرة كما أنه يلتزم برد الثمار التي جناها من وقت وصول الشيء اليه (الفقرة الثانية من المادة ١٠٥) . أمـا إذا كان يجهل عيوب حيازة سلفه فانه يعامل معاملة الحائز حسن النية .

٤٠٩ – **مسؤولية الحائز حسن النية** : عرض المشرع لمسؤولية الحائز حسن النية في المادة ١٠٣ حيث عرف الحائز حسن النية وبين ما يترتب عـلى حيازته من آثار بالنسبة للثمار والمصروفات .

(آ) فالحائز حسن النية هو من يحوز الشيء بمقتضى سند ناقل للملكيه يجهل عيوبه ، كأن يكون اشترى أحـد المنقول أو العقار من شخص يعتقد أنه مالكه ، ثم يتبين فيما بعد أن البائع لا يملك الشيء المبيع .

(ب) وحكم الحائز حسن النية بالنسبة للثمار والمصروفات يتلخص في القاعدتين التاليتين :

١ – يتملك الحائز حسن النية الثمار ولا يلزم إلا برد ما يكون منهـا موجوداً في تاريخ رفع الدعوى عليه برد الشيء أو تلك التي يجنيها بعد ذلك .

فحائز الشيء حسن النية له إذن الاحتفاظ بالثمار الطبيعية والصناعية التي يكون قطفها وبالثمار المدنية التي يكون قبضها حتى تاريخ رفع الدعوى عليه برد الشيء . أمـا الثمار الطبيعية والصناعية التي لم تقطف والثمار المدنية التي لم تقبض في تاريخ رفع الدعوى برد الشيء ، فانها تبقى من نصيب المالك حتى لو كانت الثمار الطبيعية أو الصناعية قد نضجت وحان قطافها وكانت الثمار المدنية غير المقبوضة مترتبة عن مدة سابقة .

وتجدر الاشارة إلى أن الحائز حسن النية ، إذا ما كان قبض ثماراً مدنية عن مدة لاحقة لتاريخ رفع الدعوى عليه برد الشيء ، كأن يكون استوفى إيجار عقار بصورة مسبقة عن سنتين وأقام عليه المالك الدعوى باسترداد ملكه بعد سنة واحدة ، فان الحائز حسن النية يلزم بأن يرد للمالك أجرة السنة غير الحالة التي قبضها مسبقاً .

٢ - يتحمل الحائز حسن النية مصروفات الصيانة والحفظ ومصروفات جني الثمار عملاً بالقاعدة الكلية الغرم بالغنم . وعليه لا يستطيع استرداد مثل هذه الثمار .

وما دام المشرع حصر المصروفات الممتنع على الحائز حسن النية استردادها بالمصروفات الضرورية المنفقة في سبيل حفظ الشيء وجني ثماره ليس إلا ، فانه يتعين اعطاؤه الحق باسترداد المصروفات النافعة ومصروفات الزينة التي يكون أنفقها على الشيء وهو في حيازته .

(ج) أما حكم الحائز حسن النية بالنسبة لهلاك الشيء أو تعيبه فلم يعرض له المشرع . ولكننا نستطيع أن نستنتج من المفهوم المخالف لنص المادة ١٠٢ المتعلقة بالحائز سيء النية ، أن الحائز حسن النية لا يسأل عن هلاك الشيء أو تعيبه ، إلا إذا حصل بسببه . أما إذا حصل ذلك بحادث مفاجئ أو قوة قاهرة فلا يسأل عنه .

٤١٠ - **مسؤولية حائز المنقول إذا حوله بعمله** : نصت المادة ١٠٤ على أن حائز المنقول سواء كان حسن النية أو سيء النية ، إذا حوله بعمله على

نحو يكسبه زيادة بالغة في قيمته عما كان عليه وهو مادة أولية ، (كأن يصيغ صائغ عقداً أو خاتماً من سبيكة ذهبية أو يرسم فنان لوحة على قطعة من قماش) ، فانه يسوغ له الاحتفاظ به شرط أن يدفع مقابل ذلك :

١ – قيمة المادة الأولية .

٢ – تعويضاً تقدره المحكمة ، التي يجب عليها أن تراعي كل المصالح المشروعة لمالك هذه المادة الأولية ومن بينها ما كان للشيء في نفسه من قيمة معنوية .

على أن المشرع أجاز للحائز القديم أن يسترد الشيء الذي لحقه التحول ، شريطة أن يدفع للحائز الجديد الزيادة في القيمة التي أعطاها للشيء .

ففي حالة تحول المنقول ، القول إذن للحائز القديم الذي له الخيار بين أن يتملك الشيء الذي لحقه التحول ، وبين أن يترك هذا الشيء للحائز الجديد . فان اختار تملكه وجب عليه أن يؤدي لهذا الأخير الزيادة في القيمة التي أعطاها بعمله للشيء ، وإن اختار تركه حق له أن يسترد من الحائز الجديد قيمة المادة الأولية مع التعويض .

وفي جميع الأحوال يكون للحائز القديم امتياز على كل دائن آخر من دائني الحائز الجديد . ومن شأن هذا الامتياز أن يضمن له استرداد الشيء الذي لحقه التحول أو استيفاء قيمة المادة الأولية والتعويض عند الاقتضاء بالأفضلية على الدائنين كافة .

الباب الخامس

القانون

٤١١ - **تعريف الالتزامات القانونية** : يجب التمييز بين الالتزامات التي يكون القانون مصدراً غير مباشر لها ، وبين الالتزامات التي يكون القانون مصدرها المباشر أي الالتزامات القانونية .

فالالتزامات التي تنشأ عن العقد والارادة المنفردة والاثراء بلا سبب والعمل غير المشروع مصدرها جميعاً القانون . إنما الملحوظ أن القانون هو مصدر غير مباشر لمثل هذه الالتزامات التي تجد مصدرها المباشر في واقعة من هذه الوقائع الأربع : العقد أو الارادة المنفردة أو الاثراء بلا سبب أو العمل غير المشروع .

وإلى جانب هذه الالتزامات نجد التزامات أُخرى لا تنشأ عن واقعة من هذه الوقائع الأربع ، وإنما يرتبها القانون بمقتضى نص خاص لكل منها بناء على واقعة معينة لا تدخل تحت واقعة من هذه الوقائع وتختلف من التزام إلى أُخر . فهذه هي الالتزامات القانونية التي يكون القانون مصدراً مباشراً لها .

فالالتزام الذي يكون مصدره القانون هو إذن الالتزام الذي ينشأ بمعزل عن أي عمل رضائي مشروع أو غير مشروع يقوم به الإنسان ويستمد كيانه مباشرة من القانون الذي يعتبر مصدراً وحيداً له وسبباً كافياً لوجوده وبقائه .

٤١٢ - **تطبيقات** : توجد تطبيقات كثيرة للالتزامات القانونية يمكن أن نذكر منها على سبيل المثال الالتزامات التـالية :

(آ) **التزامات الجوار** : إن القانون ، رفعاً لمضار الجوار ، وتأمينـا لحسن الصلات فيما بينهم ، وضع على عاتق أصحاب العقارات المجـاورة التزامات عديدة : مثال ذلك إلزام صاحب العقار باشادة سطوح بنائه بطريقة تسيل معها مياه المطر على أرضه أو على الطريق العـام (المادة ١٤١ مـن ظهير ١٩ رجب ١٣٣٣ المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة) . مثال ذلك أيضاً الزامه بمراعاة مسافات معينة في إحداث النوافذ والطاقات والشرفات والنتوءات المطلة على أرض غيره (المادة ١٣٨ والمادة ١٣٩ من ظهير ١٩ رجب ١٣٣٣) .

(ب) **الكفالة بمقتضى نص قانوني** : يلزم القانون المدين أحياناً بتقديم كفيل يضمن ملاءته . ففي مثل هـذه الحـالة يكون تقديم الكفيل تنفيذاً لالتزام قـانوني : فهكذا يترتب على المنتفع تنفيذاً لارادة المشرع ، أن يقدم ، قبـل استيلائه على المنفعة ، كفيلاً مليئـاً يحق للمالك ملاحقته فيما اذا أتلف المنتفع الأموال المنشأ عليها حق الانتفاع وكان المنتفع غير مليء (المادة ٥٤ من ظهير ١٩ رجب ١٣٣٣) .

(ج) **نفقة الزوجة والأقارب** : أوجب المشرع على الزوج نفقـة زوجته (المادة ١١٧ من مدونة الأحوال الشخصية) ، كما أوجب النفقـة على الأولاد للوالدين وعلى الوالد لأولاده (المادة ١٢٤ من مـدونة الأحوال الشخصية) .

(د) **التزام المودع في الوديعة بلا أجر بدفع نفقات الحفظ والصيانة** : من تطبيقات الالتزامات القانونية أيضاً التزام المودع في الوديعة بلا أجر ، بدفع ما ينفقه الوديع في سبيل حفظ الوديعة وصيانتها من الهلاك والتلف ، حيث المصدر المباشر لالتزام المودع هو القانون لا عقد الوديعة بلا أجر الذي هو عقد غير تبادلي[1] .

(هـ) **الالتزام بتأدية الضرائب** : إن المكلف إنما يؤدي الضرائب المترتبة عليه تنفيذاً لالتزام قانوني يستمد وجوده من النصوص القانونية الآمرة التي أحدثت هذه الضرائب .

٤١٣ – **فائدة تمييز الالتزامات القانونية عن غيرها** : إن فائدة تمييز الالتزامات القانونية عن غيرها من الالتزامات تتجلى في أن الالتزامات التي تستمد وجودها من القانون مباشرة تلزم صاحبها بقطع النظر عن أي شرط يتعلق بالأهلية ما لم ينص القانون على عكس ذلك[2] . فالتزامات الجوار مثلاً أو الالتزامات الضرائبية تنشأ أياً كانت أهلية الملاك المجاورين أو المكلفين . والكفالة التي يتطلبها القانون في بعض الحالات يلزم بها فاقد الأهلية أو ناقصها كما يلزم بها الراشد المتمتع بكامل أهليته .

---

١ راجع نبذة رقم ١٨ أعلاه .

٢ جوسران ، الحقوق المدنية الفرنسية ، الجزء ٢ نبذة رقم ٥٨٠ صفحة ٣١٩ .

الفهرس

بحث تمهيدي

الباب الاول

العقد

الفصل الأول

تعريف العقد وتصنيف العقود

صفحة

الفصل الثاني

شروط انشاء العقد

الفرع الأول : التراضي

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

الفرع الثاني : الاهلية

صفحة

الفرع الثالث : المحل

صفحة

الفرع الرابع : السبب

صفحة

صفحة

الفصل الثالث
بطلان العقود وإبطالها

صفحة

صفحة

الفرع الثاني : الابطال

صفحة

الفصل الرابع
تفسير العقود

الفصل الخامس
اثار العقد

الفرع الأول : اثار العقد بين المتعاقدين

صفحة

صفحة

صفحة

الفرع الثالث : الصورية

صفحة

الباب الثاني
الارادة المنفردة
أو
التعبير الصادر من جانب واحد

الفصل الأول
هل الارادة المنفردة مصدر عام للالتزام

الفصل الثاني
الارادة المنفردة في قانون الالتزامات والعقود

صفحة

الفصل الثالث

الوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور

صفحة

الباب الثالث
الاثراء بلا سبب

الفصل الأول
الاثراء بلا سبب

الفرع الأول : شروط الاثراء بلا سبب

صفحة

الفرع الثاني : اثار الاثراء بلا سبب

صفحة

الباب الرابع
العمل غير المشروع
أو
المسؤولية التقصيرية

الفصل الأول
المسؤولية عن العمل الشخصي

الفرع الأول: شروط المسؤولية عن العمل الشخصي

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

الفرع الثاني : مسؤولية حارس الاشياء

صفحة

الفرع الثالث : مسؤولية مالك البناء

الفصل الرابع

حالات خاصة من المسؤولية التقصيرية

الفرع الأول : مسؤولية موظفي الدولة والدولة

صفحة